UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE. — FACULTÉ DE DROIT D'AIX

DE L'EXERCICE

DU

DROIT DE PROPRIÉTÉ

DANS SES RAPPORTS AVEC LES PROPRIÉTÉS VOISINES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Georges RIPERT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL D'AIX
LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT

Président : M. VERMOND, *professeur.*

Suffragants : MM. FERRON, BONNECARRÈRE, *agrégés.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR
14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1902

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

FACULTÉ DE DROIT D'AIX

MM. Bry, doyen, professeur de droit romain.
Jourdan, professeur de droit civil.
Bouvier-Bangillon, professeur de droit commercial.
Lacoste, professeur de droit civil.
Vermond, professeur de droit romain.
Moreau, professeur de droit administratif.
Perreau, professeur d'économie politique.
Cézar-Bru, professeur de droit civil.
Ferron, agrégé, chargé de cours de procédure civile.
Babled, agrégé, — d'économie politique.
Politis, agrégé, — de droit international public.
Bonnecarrère, agrégé, chargé de cours de droit criminel.
Brocard, chargé de cours d'économie politique.
Roman, — d'histoire du droit français.
Tchernoff, chargé de cours de droit constitutionnel comparé.
Barthélémy, chargé de cours d'éléments de droit constitutionnel.
Jougla, secrétaire.

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ D'AIX-MARSEILLE. — FACULTÉ DE DROIT D'AIX

DE L'EXERCICE

DU

DROIT DE PROPRIÉTÉ

DANS SES RAPPORTS AVEC LES PROPRIÉTÉS VOISINES

THÈSE POUR LE DOCTORAT

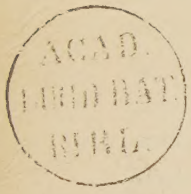
PAR

Georges RIPERT

AVOCAT A LA COUR D'APPEL D'AIX
LAURÉAT DE LA FACULTÉ DE DROIT

Président : M. VERMOND, *professeur.*

Suffragants : MM. FERRON, BONNECARRÈRE, *agrégés.*



PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR
14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1902

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547006_0032

DE L'EXERCICE DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

DANS SES RAPPORTS

AVEC LES PROPRIÉTÉS VOISINES

PRÉFACE

Il est peut-être bien audacieux d'entreprendre à notre époque et sur un pareil sujet une étude de droit privé. « La décroissance de l'activité juridique proprement dite », signalée tout récemment par un maître éminent [1], ne s'est pas encore arrêtée, et la constatation qu'il faisait reste très juste. « Actuellement, il faut savoir le reconnaître et oser l'avouer, le goût et l'estime pour les études de pur droit positif sont en baisse [2]. » De telles paroles sont en vérité bien peu encourageantes et justifieraient une désertion vers des sujets plus facilement accessibles au public. Pourtant c'est une question de pur droit privé dont nous avons entrepris l'étude, et pour être tout à fait

1. M. F. Gény, *Essai critique sur la méthode d'interprétation juridique en vue d'une orientation nouvelle des études de droit privé. Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1897, p. 310.

2. F. Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1900, p. 3. M. Gény signale « la diminution constante des thèses de doctorat consacrées à des matières de pur droit privé », (p. 4.)

inexcusable, nous nous sommes attaqué à une des notions les plus souvent étudiées, semble-t-il, à un chapitre classique de tout traité de droit civil, l'analyse juridique des pouvoirs du propriétaire foncier, envisagés dans les rapports nécessaires de son fonds avec les propriétés voisines.

Un pareil sujet demande une préface ; car son titre n'annonce que d'inutiles redites sur une matière qui paraît à beaucoup d'auteurs immuablement réglée depuis le droit romain ; et si l'on songe aux immenses traités de droit civil qui ont été publiés, et aux innombrables monographies parues sur chaque point spécial, c'est folie, semble-t-il, que de faire porter de nouveau l'analyse juridique sur une notion aussi vieille que le droit lui-même.

Si téméraire que puisse paraître cette affirmation, nous ne craignons pas de dire que notre sujet, si vieux soit-il dans l'histoire du droit, se présente aujourd'hui avec une vivante actualité. Ce n'est pas pour le vain plaisir de paraître vouloir bouleverser des notions juridiques, qui semblaient acquises au point d'être citées comme de véritables axiomes, que nous avons entrepris cette étude. Elle est sortie tout entière des multiples arrêts dont fourmillent nos recueils de jurisprudence, et par là elle plonge dans la réalité vivante, dans la vie de tous les jours.

Tous ces arrêts essaient de résoudre cette déconcertante question, que, ni la loi, ni même souvent la doctrine n'ont songé à se poser : jusqu'où peut aller le droit de propriété, et quelles sont les limites que le propriétaire va rencontrer, lorsque son droit heurtera le droit semblable de son voisin ?

L'on s'aperçoit bien vite à l'étude de cette question des difficultés pratiques qu'elle soulève, des cas infiniment variés qui peuvent se présenter, et des situations toutes particulières que l'on devra forcément prévoir et régler. Sans doute notre jurisprudence peut nous fournir la solution du problème, et le plus souvent la solution vraie, parce qu'elle répond aux besoins de l'époque. Elle est, comme on l'a dit, le guide le plus sûr, parce qu'elle est « la notion de ce qui convient et de ce qui ne convient pas, la notion du juste et de l'injuste[1] ». Elle reflète la conscience sociale ; miroir vivant, elle adapte « l'idée de justice qui est éternelle aux besoins du moment qui sont temporaires[2] ».

On ne doit cependant pas s'en tenir à un pur enregistrement des arrêts de jurisprudence ; et, si la doctrine ne peut plus comme autrefois porter ses efforts vers la découverte des solutions juridiques et l'interprétation de la loi, il lui reste son rôle bien à elle. Elle doit analyser les décisions de la pratique, rechercher les motifs qui les ont inspirées, la pensée intime qui les anime et qui n'apparaît pas toujours clairement. Quand les circonstances le demandent, elle peut faire plus encore : éclairée par les données des sciences sociales, prévoyant les changements de situations, elle doit faire évoluer les idées juridiques, pour qu'elles soient toujours en rapport avec les réalités du moment ; et sa tâche nous apparaît alors comme une tâche de précurseur, devançant la jurisprudence et lui montrant la voie, éclairant, si c'est nécessaire, le législateur de l'avenir. Ce rôle vaut bien celui qu'elle a perdu,

1. E. Lévy, *Responsabilité et contrat. Revue critique*, 1899, p. 397.
2. Beauregard, *La loi sur les accidents du travail. Le Monde Économique* du 11 mars 1899.

et si le répertoire a chassé les ouvrages doctrinaux des mains des praticiens, la doctrine y a gagné de pouvoir prendre une allure plus scientifique, et de remuer désormais des idées jadis étouffées par l'étude minutieuse des détails.

Nous n'oserions prétendre avoir rempli même une faible partie de cette tâche. Mais nous tenons à justifier ainsi l'allure doctrinale et dogmatique que revêt notre étude. Que l'on ouvre les répertoires de jurisprudence sur cette question, ou qu'on lise même les grands traités de droit civil, qu'y trouvera-t-on? quelques cas particuliers exposés et l'avis de l'auteur sur chacun de ces cas, de telle sorte que, par le vice même de la méthode employée, presque tous les jurisconsultes du XIX^e^ siècle semblent ne pas avoir aperçu la très grande importance de ce problème juridique. C'est en nous dégageant des questions de détail, non pas pour les négliger, car c'est dans la vie pratique que doit se trouver la source et le fondement de toute théorie, mais pour les analyser et les synthétiser, que nous pourrons arriver à une conception d'ensemble, et essayer dans la mesure de nos forces de résoudre ce problème, que seul pendant le siècle dernier le célèbre jurisconsulte Ihering avait clairement posé.

Cette rareté des études doctrinales nous a encouragé. Mais à un autre point de vue encore, il était nécessaire que la question fût reprise. Il y a, dans le droit comme ailleurs, des sujets qui sont, nous ne dirons pas à la mode, mais d'actualité, et dans le grand mouvement juridique qui semble se préparer, s'apprêtant à remuer tant d'idées, tant de notions qui semblaient définitivement acquises, il en est une qui a déjà subi les atteintes de cet esprit nouveau, c'est l'idée de responsabilité; et il en est une autre,

qui semble maintenant sur le point d'être soumise à la pénétrante analyse du droit privé, cependant que, depuis longtemps, elle subit des attaques répétées, et suscite des défenseurs nombreux en économie politique, c'est l'idée de propriété. Ce sont là deux notions en voie de transformation. Eh! bien ce qui va faire l'intérêt de notre sujet, c'est justement la rencontre de ces deux notions sur un point tout particulier. Toute question de droit est une question de responsabilité. Se demander jusqu'où va le droit du propriétaire, c'est se demander quels sont les actes qu'il peut faire sans être responsable des conséquences de ces actes; et l'influence réciproque de ces deux idées l'une sur l'autre nous semble d'un vivant intérêt.

Sorti de la nécessité de résoudre les questions pratiques de voisinage, le problème, on le voit, s'élargit singulièrement; et sur un pur conflit d'intérêts privés, qui paraît au premier abord des plus particuliers, ce sont tous les principes juridiques qui vont livrer bataille ; c'est la nature du droit de propriété qui entre en discussion, c'est son étendue, ce sont ses limites à étudier, la notion de responsabilité à creuser pour en rechercher aussi le fondement et les limites ; le principe de cette responsabilité lui-même à découvrir sous les formes infiniment diverses qu'il peut prendre.

Nous ne nous dissimulons pas la difficulté de la tâche ; nous ne nous flattons pas d'avoir proposé une solution définitive. La rareté de la doctrine qui a précédé sera notre excuse. Nous n'avons eu qu'un but : montrer comment à l'heure actuelle le problème se pose, comment la jurisprudence le résoud, et quels sont les principes qu'elle applique, en le résolvant ainsi. Ce qui est vrai aujourd'hui

pourra ne pas l'être beaucoup dans quelques années. Bien téméraire serait celui qui prétendrait avoir trouvé les principes juridiques idéaux, applicables à tous les temps et à toutes les époques. Science éternellement concrète et variable le droit d'aujourd'hui ne sera pas et ne doit pas être celui de demain, et les principes qui semblent les plus vrais, qui sont reçus même souvent comme des axiomes, ne sont, pour qui les regarde de près, que l'expression gênante d'un état de choses disparu ou la formule abstraite des réalités d'un moment.

La destruction de principes qui ne nous semblent plus exacts actuellement, la proposition de formules qui pour le moment paraissent résoudre au mieux de la justice et de l'utilité sociale la question posée, tel est le but que je me suis fixé.

INTRODUCTION

Certains articles de notre Code civil revêtent pour la plupart des auteurs un caractère d'infaillibilité tel que leurs expressions même ont été érigées en axiomes juridiques, et qu'ils passent pour une proclamation faite par la loi positive de principes éternels, de ces lois non écrites qui d'après les anciens dominaient toute législation. Tel a été le sort de l'article 544, et depuis le Code civil on répète, sans même prendre la peine de creuser plus profondément la formule, que la propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue.

I

Si nous quittons la formule générale pour entrer dans le domaine de l'application pratique, que voyons-nous ? La loi elle-même détruisant le principe qu'elle vient de créer et limitant ce droit, des lois postérieures venant compléter sur ce point le Code civil, les conventions privées apportant de nouvelles restrictions, et tout un organisme infiniment compliqué prenant vie sous les dénominations les plus variées.

L'étude de ces restrictions exigerait des volumes entiers

et cette étude générale, dont il faudrait recueillir les éléments dans des textes très nombreux, ne témoignerait pas d'ailleurs d'une bien puissante unité d'esprit dans la législation. Infiniment variées sont les causes de ces restrictions ; c'est tantôt l'intérêt de la société que l'on veut protéger, tantôt celui de la famille ; les unes sont inspirées par le désir de procurer à l'État des ressources fiscales, les autres destinées à régler le libre conflit des intérêts privés ; et si on voulait étudier toutes les restrictions apportées par la loi aux droits du propriétaire, c'est presque tout notre droit civil qu'il faudrait passer en revue, depuis les incapacités personnelles à chaque individu, jusqu'à notre régime foncier et hypothécaire, jusqu'à l'étude du régime successoral et des conventions matrimoniales. Notre première tâche doit être de délimiter la question.

Nous nous plaçons au point de vue de l'exercice du droit de propriété, laissant complètement de côté tout ce qui touche au droit de disposition, et nous nous demandons quels sont les actes que le propriétaire peut faire sur sa chose, et qui devra supporter les conséquences de ces actes, s'ils occasionnent un préjudice à autrui.

Le problème se pose tout aussi bien pour les choses mobilières que pour les immeubles, mais les données en sont quelque peu différentes. La propriété foncière en effet présente un caractère nécessaire : elle est *située*. Tout immeuble, fonds de terre ou construction, occupe une situation spéciale qui ne peut être modifiée, et tandis qu'il n'y a pas de contact forcé et permanent entre deux meubles, nous voyons, au contraire, que nécessairement, par la nature même des choses, il y aura des relations entre les différents immeubles voisins.

D'où cette conséquence : il est possible par des mesures préventives, par des restrictions apportées au droit de chacun, d'empêcher ou tout au moins d'atténuer les conflits. Et cette seconde conséquence : les suites dommageables des actes d'un propriétaire retomberont toujours sur les mêmes individus qui sont ses voisins et le préjudice nous apparaît alors comme causé par un fonds à un autre fonds, la personne du propriétaire disparaissant en quelque sorte en présence de l'aménagement particulier de l'immeuble.

Les meubles au contraire n'ont pas de situation fixe ; un animal, une machine causeront un dommage là ou ailleurs sans que l'on puisse connaître par avance la victime et préciser la nature du préjudice. Par conséquent pas de réglementation préalable possible. Et comme il dépend toujours du propriétaire de changer la situation de sa chose, le dommage apparaît presque toujours comme une conséquence directe de tel ou tel acte qu'il a accompli. C'est tellement vrai que le Code civil a prévu spécialement la responsabilité du fait des choses mobilières en édictant à la charge du propriétaire une présomption de faute.

Sans méconnaître par conséquent les affinités qui peuvent exister entre ces deux questions, nous nous consacrons entièrement à celle qui jusqu'ici a été trop laissée dans l'ombre [1], et nous nous demandons uniquement

1. La responsabilité du fait des choses a fait au contraire l'objet de nombreuses études dans ces dernières années. Elles portent principalement sur l'interprétation de l'article 1384, et son application aux accidents du travail. A cet égard la loi du 8 avril 1898 a considérablement diminué l'intérêt pratique de la question. — Voy. Saleilles, *Les accidents du travail et la responsabilité civile*. Paris, 1897. — Note au Dalloz, 1897-1-433. — *Le Risque professionnel dans le Code civil. Réforme sociale du* 16 *avril* 1898, p. 634. — Josse-

comment faut-il régler les droits du propriétaire foncier sur son immeuble dans leurs rapports avec les droits des propriétaires voisins; ce n'est qu'un des côtés de l'organiation civile de la propriété foncière, mais c'en est un des points les plus importants.

De la limitation du fonds en superficie ou en volume, va naître nécessairement une limitation de l'intensité des droits du propriétaire. Il ne peut suffire en effet de dire : il y a des limites ; que chacun reste sur son fonds, et tout conflit sera impossible. On ne peut pas rester à l'intérieur des limites géométriques de la propriété, parce que tout acte tendant à la mise en valeur d'un fonds a forcément une répercussion sur la valeur du fonds voisin. Il y a un équilibre naturel existant entre les fonds, chaque acte que fait un propriétaire tend à rompre cet équilibre, et l'on ne peut pourtant pas interdire tous ces actes : ce serait la négation même du droit de propriété.

Il faut donc organiser l'exercice du droit de propriété ; une nouvelle précision est nécessaire. L'exercice de ce droit peut être limité dans un intérêt public, et on peut interdire au propriétaire certains actes, qui, par suite de la situation particulière de son fonds, nuiraient à l'intérêt général ; par exemple lui défendre de construire dans une zone déterminée autour des forts et places de guerre [1], lui interdire d'établir le long des voies ferrées des dépôts de matières inflammables [2]. On réunit toutes ces restrictions

rand, *De la Responsabilité du fait des choses inanimées*. Paris, 1897. — Note au Dalloz, 1900-2-288. — Pisier, *De la responsabilité du fait des choses*. Thèse, Paris, 1899. — Bouvier, *L'Évolution de la responsabilité*. *Revue critique*, 1898, p. 177 et s.

1. C'est ce que l'on appelle la zone militaire, lois des 7 avril et 10 juillet 1851, du 22 juin 1854. Décrets des 10 et 16 août 1853.

2. Loi du 15 juillet 1845, art. 5 à 10.

sous le nom de servitudes d'utilité publique. Nous ne nous en occuperons pas [1]. Ce sont des règles spéciales s'appliquant seulement à une certaine catégorie de propriétés, imposées par une loi souveraine, se justifiant par les nécessités de la défense nationale ou de la sécurité publique. Quoique respectant en principe le droit de propriété, elles n'en constituent pas moins autant d'expropriations partielles et temporaires.

D'autres règles, au contraire, sont imposées par la nécessité de concilier les droits des propriétaires voisins. Ces limitations sont nécessaires parce que les sphères juridiques de ces droits, loin d'être distinctes et strictement renfermées dans des limites connues, empiètent au contraire les unes sur les autres et sont la source de conflits incessants. C'est l'organisation des rapports de voisinage entre propriétaires ayant des droits égaux, soumis à la même loi, exerçant un droit semblable sur des fonds différents et rivaux par la nature même des choses, que nous devons étudier, problème qu'Ihering déclarait l'un des plus difficiles à résoudre en législation.

Le législateur doit avoir un double objectif : prévenir les conflits possibles par les mesures les plus propres à les éviter, — réprimer les atteintes que l'on n'a pu éviter ; ce qui dans la loi positive correspondra à deux séries de mesures, organisation légale des limitations de la propriété — détermination du principe de la responsabilité du propriétaire. Pour être par conséquent absolument complet sur ce sujet il faudrait étudier dans le détail chaque mesure prise par la loi pour éviter le conflit. Nous ne l'avons pas tenté. Il y a sur ce point une très grande quantité de

1. Voy. une énumération dans Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, n°s 1852 et 1853, p. 613.

textes législatifs, dont nous rappellerons les principaux au cours de cette étude, une organisation assez complexe, pouvant donner lieu à des questions de pratique délicates, mais dont l'étude détaillée ne saurait offrir un bien grand intérêt théorique. Aussi peut-on se borner à rechercher, ce qui est infiniment plus intéressant, l'idée qui a guidé le législateur dans l'organisation positive de ces règles. Il faut de plus remarquer que la loi laisse pleine liberté aux particuliers pour établir par convention des règles analogues ou différentes, et il serait impossible de prévoir toutes les formes de conventions privées qui pourront se faire jour. La question de réparation du dommage causé a au contraire, par suite de circonstances que nous préciserons, une immense importance.

Tel est le sujet clairement délimité. Nous nous occupons uniquement du conflit d'intérêts privés qui peut surgir entre propriétaires voisins, et nous allons essayer de rechercher, laissant de côté tous les détails réglementaires, quels ont été les principes successivement invoqués sur cette question.

II

La solution est intimement liée à l'état social dans lequel vit un peuple. S'il est un droit, dont le caractère et les attributs aient varié suivant l'état de la civilisation et la constitution politique des nations, c'est bien le droit qui reflète dans sa constitution la personnalité de la race, le droit de propriété. Quand on se demande jusqu'où peut aller le droit du propriétaire, on recherche les limitations nécessaires que le droit individuel doit subir dans l'organisation de la société, et on comprend que la réponse varie

grandement suivant les variations que subit cette organisation. « L'organisation de la propriété chez un peuple à une époque, écrit Ahrens, est toujours analogue à la manière dont la personne individuelle est comprise dans ses rapports avec les sphères supérieures de la famille, de la commune, de la nation, enfin avec tout l'ordre social. C'est à mesure que la conscience propre, la causalité d'action, la liberté personnelle s'est développée dans l'histoire en général et au sein de chaque peuple que la propriété a pris l'empreinte plus nette de la liberté[1]. » Or c'est la liberté qui est la source de tous les conflits de droit privé. Plus elle se développe, plus la propriété apparaît comme dégagée de la communauté primitive, soustraite au pouvoir prédominant de l'autorité publique, plus le propriétaire sort des liens familiaux, s'émancipe de la tutelle de la tribu, perd le sentiment de la communauté originaire et de la solidarité obligatoire, plus le conflit devient menaçant. C'est ce qui nous fait sentir à l'heure actuelle toute l'acuité du problème, et ce qui nous fait tenter de reconstruire sur une nouvelle base la solidarité détruite.

La civilisation a un second effet qui accroît encore singulièrement la difficulté du problème. Quand tous les propriétaires accomplissent sur leurs immeubles respectifs des actes identiques, il peut bien y avoir des dommages causés par certains usages d'un fonds aux fonds voisins ; mais ces fonds à leur tour préjudicient au premier. Le rapport d'équilibre entre les propriétés n'est donc pas rompu ; il y a réciprocité d'inconvénients voilà tout. Ce qui va rompre l'équilibre c'est la diversité dans l'exploitation. Quand celui qui possède un champ, y construit une usine,

1. Ahrens, *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit*, 6e éd. Leipzig, 1868, t. II, p. 119.

pendant que son voisin au lieu de continuer lui aussi l'exploitation agricole bâtit une maison d'habitation, la différence forcée de jouissance entre l'usine et la maison amènera des conflits que le voisinage de deux champs soumis à une exploitation identique ne pouvait faire naître. A l'identité d'exploitation primitive la civilisation substitue la plus grande complexité.

Ce sont ces deux causes, développement excessif de l'individualisme et complexité des rapports sociaux qui vont influer sur la solution du problème et l'amener à l'état de crise aiguë, où il est aujourd'hui.

Ce n'est pas dans les législations primitives que la question paraîtra embarrassante. La simplicité et l'identité de l'exploitation du sol, les multiples liens sociaux qui retiennent le propriétaire, rendent les conflits peu fréquents. La souveraineté des pouvoirs du juge les solutionne facilement.

Peu à peu se développe l'idée individualiste. L'homme tend à se dégager de toute influence sociale, à donner à son droit un caractère absolu. Il s'y renferme comme un roi dans son royaume, et il entend y régner. Sans doute des limitations sont nécessaires, pour que toute exploitation efficace ne soit pas entravée ; mais il les supporte impatiemment, et les considérant comme contraires à la vraie notion de la propriété individuelle, il les appelle *servitudes*. C'est la conception romaine, triomphe de l'individualisme et de l'absolutisme du droit, et c'est aussi, après plusieurs siècles d'une législation confuse où se heurtent des éléments différents, la conception du Code civil de 1804. L'on a pu dire avec raison en parlant de notre œuvre législative : « Nous sommes revenus presque purement et simplement au droit romain. Le même point de vue res-

trictif, les mêmes démembrements peu nombreux, se retrouvent à treize siècles de distance dans les *Institutes* de Justinien et dans le Code de Napoléon [1]. » Ce système, c'est celui du libre conflit d'intérêts, de l'individualisme absolu, c'est la disparition presque complète de l'élément social dans la propriété.

Pourtant ni le droit romain, ni notre Code civil ne paraissent s'être sérieusement inquiétés de la question. Pourquoi donc ? C'est que la seconde cause du conflit n'avait pas encore apparu ; il nous manque une des conditions nécessaires pour que le problème puisse se poser. C'est l'existence des dommages. Et voici que moins de vingt ans après le Code civil la situation va changer ; l'exploitation des fonds subira d'énormes transformations ; le développement industriel amènera des sources innombrables de conflits, et en face les uns des autres vont se dresser des individus armés de droits semblables et prétendant en faire l'usage le plus différent.

La preuve de cette transformation n'est pas difficile à donner. Dans l'ancien droit quelques ordonnances de police pour régler l'exploitation de certains métiers, quelques arrêts cités par les Répertoires, un peu comme des curiosités juridiques, c'est tout ce que les auteurs nous donnent au mot : voisinage. Moins de six ans après la publication du Code civil, c'est la loi sur les mines, le décret sur les établissements dangereux, insalubres et incommodes ; puis les lois de 1845 et de 1846 sur les irrigations, les décrets destinés sans cesse à classer de nouveaux établissements. Ouvrons les répertoires de jurisprudence : arrêts innombrables sur les dommages causés par le voi-

1. Chenon, *Les démembrements de la propriété foncière avant et après la Révolution*. Thèse, Paris, 1881, p. 171.

sinage des usines, les procédés plus puissants d'exploitation agricole, la contiguïté de certaines exploitations commerciales. Voilà comment en pratique la question prend une énorme importance. La grande industrie naît en France vers 1815 ou 1820 ; vingt ans après sa promulgation le Code civil se trouve en présence de situations nouvelles dans un état social transformé.

Les mesures préventives sont toujours insuffisantes, souvent impossibles ; on ne peut interdire à un propriétaire tous les actes préjudiciables à autrui, ce serait lui supprimer son droit. Comment dès lors rétablir l'équilibre ainsi détruit ? Il faut forcer celui qui l'a détruit à le rétablir par le versement d'une indemnité représentative du préjudice causé. Personne ne peut agir comme s'il était isolé dans le monde : l'être vivant en société doit tenir compte des intérêts de ceux qui vivent dans la même société, et la loi doit pouvoir l'y obliger. Mais alors c'est que la propriété n'est plus, comme l'avait proclamé le Code civil, un droit absolu et illimité, et c'est aussi que le droit ne peut suffire à créer l'irresponsabilité.

Nous voyons reparaître ainsi sous l'empire d'idées nouvelles l'élément social de la propriété. A l'origine des peuples, l'inclusion de l'individu dans un groupement supérieur, la persistance des liens familiaux et politiques, suffit pour donner à son droit un caractère social. Aujourd'hui la connaissance plus exacte des besoins de l'organisme social, la perception plus nette des conditions nécessaires à la vie de cet organisme, font reculer de nouveau la tendance individualiste du droit. L'histoire n'est qu'un perpétuel recommencement des mêmes phénomènes sous l'influence des causes nouvelles.

III

Cet aperçu d'ensemble, dont la suite de cette étude démontrera l'exactitude, nous impose notre plan.

La première partie retracera brièvement l'histoire de la question avant le Code civil. On pourrait faire sur chaque législation une étude complète et détaillée. Nous ne l'avons pas entrepris. Pour nous, le problème tel que nous l'avons posé ne présentait aucune difficulté bien sérieuse avant le Code civil. C'est ce que nous nous efforcerons de démontrer dans cette partie, forcément un peu négative.

Dans la seconde partie nous étudierons le système du Code civil. Nous verrons son insuffisance pratique, et nous assisterons aux efforts impuissants qui ont été faits pour essayer de l'adapter aux besoins nouveaux.

L'échec de ces théories nous amènera naturellement à essayer de construire dans notre troisième partie, une théorie rationnelle du droit de propriété et de l'intensité des pouvoirs qu'il donne à son titulaire, partie capitale à notre point de vue. Nous ne le présentons que comme un essai de ce que pourrait être la vraie solution. Ses imperfections auront pour excuse sa nouveauté relative.

PREMIÈRE PARTIE

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE PREMIER

LES LÉGISLATIONS PRIMITIVES

C'était une idée très répandue dans notre ancien droit que la propriété est originairement apparue comme un droit absolu. « Tous les héritages, d'après le droit naturel, étaient libres, nous dit Basnage[1], mais l'avarice et l'ambition ont détruit la liberté, et ont introduit l'esclavage sur les hommes, et les servitudes sur les biens. » C'est une théorie apparemment rationnelle, mais comme le fait remarquer M. Viollet[2], « les choses ne se sont pas passées partout comme le voudrait la théorie, et en plus d'un cas celle-ci à bien prendre est le contrepied de l'histoire ». On s'est représenté parfois la propriété primitive, sous l'aspect d'un fonds isolé, entouré de terrains sans maître : chaque propriétaire n'ayant pas de voisins ne connaît aucune limite à son droit. Plus tard, dit-on, les propriétés se sont rapprochées ; on a été forcé d'organiser les rapports

1. Basnage, *Coutume de Normandie.*
2. Viollet, *Histoire du droit civil français*, 2e éd. 1893, p. 554.

de voisinage, et les servitudes apparaissent pour permettre « d'accommoder les règles abstraites aux besoins concrets[1] ».

Rien de plus faux au point de vue historique que cette notion, et si difficile que soit en général l'histoire de ces limitations de la propriété[2], on peut arriver assez aisément à le prouver.

I

Il est à peu près démontré aujourd'hui que la propriété individuelle n'existait pas chez les peuples primitifs[3]. Nous ne nous demanderons pas si la forme originaire de la propriété était une propriété collective ou une copropriété familiale. Cela importe très peu à notre point de vue. Ce qu'il faut seulement retenir, c'est qu'il ne peut y avoir à cette époque de conflit d'intérêts privés. A l'origine les peuples sont pasteurs et nomades, et ils ont un territoire de parcours ; plus tard ils se livrent à l'agriculture, et ils ont des domaines limités. Mais dans ces deux états, le seul conflit qui puisse exister entre ces tribus ou ces familles différentes est un conflit sur les limites, et comme

1. Girard, *Manuel de droit romain*, 2e éd. 1898, p. 348.

2. Garsonnet, *Histoire des locations perpétuelles et des baux à longue durée*, 1879, p. 9. « Ce serait une entreprise téméraire que d'écrire l'histoire d'un démembrement de la propriété chez les peuples de l'antiquité : les uns ont emporté avec eux le secret de leurs institutions ; les autres, excepté les Grecs et les Romains, l'ont incomplètement révélé. »

3. De Laveleye, *De la propriété et de ses formes primitives*, 4e éd., Paris, 1891. — Kovalesky, *Tableau des origines et de l'évolution de la famille et de la propriété*. Stockolm, 1890. — Viollet, *Caractère collectif des premières propriétés immobilières. Bibliothèque de l'École des Chartes*, t. XXXIII. Tirage à part, Paris, 1872. — *Comp.* Laboulaye, *Histoire du droit de propriété foncière en Occident*. Paris, 1839. — Fustel de Coulanges, *Le problème des origines de la propriété dans les questions historiques*. Paris, 1893, p. 17.

tout dissentiment entre des souverainetés voisines, il n'a qu'une issue possible la guerre; les luttes des clans ou des tribus et même des familles se terminent d'une manière sanglante.

A une époque extrêmement variable suivant le degré de civilisation de chaque peuple, une partie des terres publiques est divisée entre les membres de la tribu. C'est un fait dont il reste des traces certaines tout aussi bien chez les Hébreux et en Égypte[1], qu'à Rome et chez les Germains[2]. Mais il ne faudrait pas croire qu'après cette division la propriété apparaisse avec les caractères qu'on lui reconnaît de nos jours. Il reste, au contraire, sur cette propriété individuelle des traces de la communauté primitive, et nous aurons « un régime intermédiaire qui est la possession privatice sans être encore la véritable propriété[3] ».

Il y eut tout d'abord division de jouissance temporaire, chaque individu reçoit une parcelle de terre qu'il doit cultiver, dont il peut recueillir les fruits, et la récolte faite, la terre rentre dans la communauté pour être partagée de nouveau[4]. Puis on prend l'habitude de laisser toujours au même individu une parcelle, sur laquelle il construit sa maison; bientôt cette portion, qui ne peut

1. C'est le témoignage de Strabon et de Diodore de Sicile.

2. Laboulaye, *op. cit.*, p. 251. — Dareste de la Chavanne, *Histoire des classes agricoles en France*, 2e éd. Paris, 1898, p. 89. — Garsonnet, *Hist. des locations perpétuelles*, p. 45.

3. Garsonnet, *op. cit.*, p. 197.

4. C'est à ce point de civilisation qu'en sont arrivés les Germains quand Tacite décrit leurs mœurs. On peut citer notamment le passage si connu « *Arva per anno mutant et superest ager* » (*De moribus germanorum*, 26). Certains interprètes traduisent il est vrai ce dernier membre de phrase par ces mots: et la terre ne leur manque jamais. Mais le plus grand nombre opposent *arva* à *ager*, faisant du premier terme la propriété commune et du second *l'heredium*, propriété individuelle de la maison et de l'enclos.

plus être rendue à la collectivité s'agrandit ; et l'on arrive ainsi à la constitution d'une propriété perpétuelle et individuelle[1]. Cette marche vers la propriété individuelle, qui a été souvent étudiée dans les mœurs germaines, se retrouverait la même chez tous les peuples.

Maintenant le problème peut se poser. Nous avons des propriétaires voisins soumis à la même loi : d'où conflit possible et sanction pacifique efficace. Pourtant il faut se hâter d'ajouter qu'il n'a à cette époque aucun intérêt théorique, et cela pour deux raisons qu'il est intéressant d'examiner : 1° les propriétaires voisins sont soumis à une influence sociale commune très puissante ; 2° les conflits devaient être peu fréquents, et la solution assez simple.

II

L'individu n'a pas pu se dégager d'un seul coup des multiples liens sociaux qui l'enserrent à l'époque primitive ; et comme il trouvait dans sa tribu l'aide et la protection qui lui sont nécessaires à ces époques troublées, il ne devait pas tenir beaucoup à son émancipation. Il y aura donc entre les différents membres de la tribu, qui tous sont propriétaires, des rapports nécessaires de secours et d'assistance. « Ces rapports, dit Ahrens, constituent l'élément social de la propriété, par lequel l'élément personnel n'est pas détruit, mais diversement modifié. L'histoire de la propriété montre aux diverses époques la prédominance de l'un ou de l'autre de ces éléments[2]. »

1. C'est ce que les Germains appellent *mark*. Tacite traduit par *ager* (*De moribus germanorum*, 26).

2. Ahrens, *Droit naturel*, t. II, p. 120.

Dans les civilisations primitives c'est l'élément social qui prédomine. Les propriétaires voisins se prêtent aide et assistance ; ils tolèrent un certain usage commun et réciproque des fonds, pourvu que cet usage ne gêne pas l'exploitation individuelle ; ils se rendent des services mutuels. On a remarqué avec beaucoup de justesse que « les hommes sont d'autant plus enclins à se prêter une assistance réciproque que l'état social est plus rudimentaire[1] ».

Ainsi en Germanie les *commarchani* sont unis pour une très étroite solidarité. On les appelle *pares*, *consortes*, et il est curieux de voir le mot *vicinus* désigner à la fois l'individu de même race, et le propriétaire voisin. Survivance de langage très curieuse, dans nos anciennes coutumes l'expression de voisin est un terme d'amitié. Il est une institution qui devait singulièrement adoucir les conflits; c'est que tous les propriétaires de la tribu doivent consentir à l'établissement d'un individu près d'eux: on ne peut céder son bien à un membre d'une tribu différente qu'avec l'assentiment de sa propre tribu[2], et si les voisins ne veulent pas consentir à l'établissement du nouveau propriétaire, ils peuvent prendre pour eux le fonds en payant le prix demandé, c'est l'institution qui

1. Guiraud, *De la propriété foncière en Grèce jusqu'à la conquête romaine*, 1897, p. 20. — Comp. de Laveleye, *op. cit.*, p. 453.

2. Viollet, *Bibliothèque de l'Éc. des Chartes*, 1872, p. 490. — Garsonnet, *Hist. des loc. perpétuelles*, p. 204. — Pardessus, *Loi salique*, 1843, p. 389-390. — *Contrà.* Fustel de Coulanges, *Nouv. Recherches sur quelques problèmes d'histoire.— Étude* V. *Recherches sur quelques points des lois barbares*, p. 327. — La controverse porte surtout sur l'interprétation du fameux titre XLV de la loi Salique. *De migrantibus* et sur le sens à donner à cette phrase : *Si quis super alterum in villa migrare voluerit et unus vel aliqui de ipsis qui in villa consistunt eum suscipere voluerit, si vel unus extiterit qui contradicet, migrandi ibidem licentiam non habebit.*

persistera en Allemagne sous le nom de *Näherrecht* ou *Nachbarrecht* et en France sous celui de *retrait de voisinage*[1]. Aussi la communauté primitive n'est pas entièrement dissoute[2] ; la solidarité est même restée si étroite que tous répondent du crime commis sur le territoire de la mark et doivent payer la composition pécuniaire[3] ; l'intérêt personnel est quelque peu annihilé devant l'intérêt commun.

Les mêmes usages se retrouvent en Kabylie, en Turquie[4], dans l'Inde[5], où ces idées d'aide et de tolérance sont en honneur, dans la vieille Écosse, où les habitants de ce village décrit par W. Scott dans son roman du *Monastère* se doivent protection réciproque[6], en Russie où les secours entre voisins sont de rigueur dans les incendies et les inondations[7], où tous sont tenus de coopérer aux

1. Viollet, *Histoire du droit civil*, p. 559. — *Caractère collectif des premières propriétés immobilières*, p. 39. — Garsonnet, *Hist. des loc. perp.*, p. 202. — Ce droit dévolu plus tard au seigneur pourrait être l'origine du retrait féodal ou seigneurial. Viollet, *Histoire du droit civil*, p. 559. — Mais il n'y a aucune démonstration possible sur ce point. En tout cas ce n'est pas l'unique origine. — Cf. sur un retrait de voisinage en Illyrie et en Italie, supprimé par Justinien, Code IV, 38, 14.

2. On conserve le souvenir de la *mark* primitive sous le nom germain de *markgenossenschaft*, et sous le nom latin d'*universitas*.

3. Glasson, *Histoire du droit et des institutions de la France*, t. III, p. 173. — Voy. pourtant l'opinion contraire soutenue par Fustel de Coulanges, *Histoire des institutions politiques*, t. IV, p. 182.

4. Letourneau, *L'Évolution de la propriété*, 1889, p. 253. — Pharaon et Dulau, *Droit musulman*, p. 198 — et sur le retrait de voisinage dans les pays musulmans, le scheffa. Viollet, *Précis de l'hist. du droit privé*, p. 559, note 3.

5. Summer-Maine, *L'ancien droit*. Trad. Courcelle-Seneuil, 1874, p. 245 et 248. — Michelet, *Origines du droit français*, 1887, p. 111. — Sur le consentement des voisins à l'aliénation dans l'Inde, Voy. Viollet, *Caractère collectif des premières propriétés immobilières*, p. 30.

6. De Laveleye, *De la propriété et de ses formes primitives*, p. 95.

7. Kovalesky, *Évolution de la famille et de la propriété*, p. 183. Cet ensemble de services est compris sous le terme générique d'*obschestvenina pomachi*.

travaux de la récolte, lorsque la famille est insuffisante [1].

Cette confraternité que nous voyons régner partout est partout nécessaire. Il y a encore un grand nombre de terres communes, soumises à des partages périodiques, et maintenant forcément la cohésion entre les membres de la tribu. Petit à petit, il est vrai, cette cohésion disparaît ; mais alors par un phénomène qui n'est pas unique dans l'histoire du droit, le consentement privé et la coutume reforment ce lien qui tend à se relâcher, et la législation apparaissant reproduit les usages anciens, donnant ainsi le caractère de droit positif, à ce qui était autrefois simple tolérance sanctionnée par les mœurs [2].

Le souvenir de l'origine commune se perd, les tribus se dispersent, l'unité se fait dans l'État, et malgré tout, on retrouve dans les règles juridiques adoptées des survivances de ces idées primitives. Nous lisons dans le *Répertoire* de Guyot publié en 1785 : « Il n'est pas douteux aujourd'hui que la qualité de voisins n'impose des obligations, et que ceux qui ont cette relation entre eux se doivent des secours et une surveillance mutuelle [3]. » Il cite notamment l'obligation de recevoir les copies d'huissiers [4], de dénoncer à la justice les meurtriers et les fous, d'accepter la tutelle des enfants du voisin [5]. Les coutumes antérieures

1. De Laveleye, *op. cit.*, p. 105.

2. Declareuil, *La justice dans les coutumes primitives. Nouv. Rev. Hist.*, p. 166. L'auteur montre par exemple que la corréalité n'est que la conservation légale ou la résurrection conventionnelle de l'ancienne solidarité entre membres de la même tribu.

3. Guyot, *Répertoire de jurisprudence*, 1785. V° *Voisinage.*

4. Aujourd'hui encore les copies d'exploits peuvent être remises aux voisins. Code de procédure civile, art. 68. Mais ceux-ci ne sont pas obligés de les recevoir. On signifie alors en mairie.

5. C'est un fait très remarquable pour qui sait que la tutelle était accordée autrefois à l'héritier présomptif. Et cela vient corroborer les preuves que nous avons d'un droit de succession primitif au profit des voisins. Cf. Garsonnet,

surtout dans les pays qui ont le mieux conservé leurs traditions sont encore plus explicites. La *Coutume de Bretagne* oblige le voisin qui en est requis à aider « à l'enlèvement du gros bois d'une maison » (art. 89) et l'article 90 déclare : « Quand aucun crie au feu ou au meurtre, chacun est tenu d'y aller sans espoir de salaire[1]. » On croit entendre encore l'écho de la vieille maxime germanique : *Ein Nachbar muss dem Handern helfen*, principe de morale, semble-t-il, mais en réalité règle juridique, qui dans ces temps reculés devait avoir une véritable signification légale.

Il faut voir dans cet état de mœurs une des principales causes, qui ont amené les anciennes coutumes à garder un silence presque complet sur les droits du propriétaire. Il y a entre voisins des rapports de tolérance qui sont toujours respectés. Cela est si vrai que dans les pays où ces idées n'ont pas disparu, on retrouve ces maximes de morale érigées en règles juridiques. C'est ce qui existe notamment dans les pays musulmans. « L'esprit de solidarité est très vif en Kabylie, dit M. Letourneau[2], et le propriétaire n'a pas la liberté d'être féroce. Quiconque bâtit ou répare une maison, a le droit de faire passer sans indemnité sur les héritages de ses voisins les bois de charpente qui lui sont nécessaires... On doit toujours être prêt à aider son voisin à un travail quelconque. C'est même à l'aide de ces réquisitions bienveillantes que le

Hist. des loc. perp., p. 202. Quelle meilleure démonstration pourrait-on donner de la communauté d'origine.

1. Cet article fait un devoir légal de l'assistance en cas de péril. Remarquons qu'aujourd'hui certains criminalistes voudraient ériger en délit l'abstention en face d'un danger que l'on pourrait éviter sans péril pour soi-même. C'est un retour très curieux à la vieille idée de solidarité.

2. Letourneau, *L'Évolution de la propriété*, p. 253.

Kabyle pauvre construit sa maison, fait sa récolte d'olives, etc.[1]... » Nous nous bornons à cet exemple mais on peut trouver des règles identiques dans les pays slaves[2] et scandinaves[3].

Cette transformation de la tolérance primitive en usages ayant force de loi, il est impossible d'en trouver pour chaque peuple la date exacte, elle est insensible ; car les droits n'ont pas encore à ces époques lointaines des caractères bien définis. Mais d'une façon générale on peut dire que la règle coutumière apparaît et s'impose à mesure que la tendance générale à la tolérance et à l'assistance disparaît ; le principe juridique vient remplacer les mœurs affaiblies ou transformées, et l'on a pu dire avec beaucoup de raison : « les servitudes ont existé en fait, avant d'exister en droit[4] » ; lorsqu'elles sont formulées expressément par la législation elles sont « le résultat de l'expérience et de l'assentiment unanime[5] ».

III

Convertis en règles de droit, ces usages ont désormais une sanction autre que l'opinion publique ou que la force. On fait de la violation de la règle un délit, donnant lieu à une compensation pécuniaire, et c'est ainsi qu'apparaît la question de la responsabilité du propriétaire. Hâtons-nous d'ajouter qu'on n'en saisit nullement l'importance et cela

1. Voy. aussi Pharaon et Dulau, *Études sur les législations anciennes et modernes. Droit musulman*, pp. 198, 199, 204.
2. Lehr, *Éléments de droit civil russe*, 1877.
3. Lehr, *Éléments de droit civil scandinave*, 1901, n° 184, p. 95.
4. Solon, *Traité des servitudes réelles*, 1837, Préface, p. XXIII.
5. Solon, *op. cit.*, Préface, p. XI. — Comp. Lalaure, *Traité des servitudes réelles*. Paris, 1761.

pour deux raisons capitales : 1° le caractère des justices primitives rend inutile toute dissertation sur des principes théoriques ; 2° le mode d'exploitation des fonds ne donne lieu qu'à de bien rares discussions :

1° Le pouvoir du juge dans tous les pays et à toutes les époques est en raison directe de l'insuffisance de la loi. Il était donc presque absolu au moment où nous nous plaçons, car la législation n'existe pour ainsi dire pas. A l'origine on considère le juge comme le représentant d'une révélation divine ; il est prêtre et il a le pouvoir absolu comme les dieux eux-mêmes. A un degré de civilisation plus avancé, il est le représentant du peuple tout entier, et comme le peuple il a le pouvoir souverain[1]. Une telle plénitude de droits peut entraîner un redoutable arbitraire, mais du moins elle évite toutes difficultés. Le juge, qu'il soit unique, ou que ce soit un tribunal composé des principaux de la tribu, rendra une sentence inspirée par l'équité, et ayant une force absolue. S'il y a conflit entre deux propriétaires voisins, il règlera le mode de construction de la maison, d'exploitation du sol ; il peut ordonner des mesures pour l'avenir, prescrire des interdictions, décider la réparation du dommage causé et même prononcer la perte du droit contre celui qui en abuse. Devant de tels pouvoirs toutes les difficultés disparaissent.

2° Quels sont d'ailleurs les conflits qui pourraient s'élever ? L'identité de l'exploitation du sol et l'égalité de forces entre les propriétaires maintiennent un équilibre stable dans la société.

Les maisons sont isolées. Tacite a remarqué ce fait chez

1. Declareuil, *La justice dans les coutumes primitives. Nouv. Rev. hist.*, pp. 192-193 et 196-197.

les Germains [1] ; il s'étonne de ce que ceux-ci bâtissent leur maison au milieu d'un enclos et laissent tout autour un espace vide ; il explique cette habitude par la pensée de prévenir les incendies ou l'ignorance de l'art de bâtir. La raison est tout autre. L'isolement primitif de l'habitation est un fait que l'on retrouve chez tous les peuples primitifs à Rome comme ailleurs ; mais on ne se l'explique plus au temps de Tacite. Cet isolement des maisons rendait tout conflit de voisinage impossible.

Les champs sont pour la plupart propriété commune, et il y a de simples partages de jouissance. Quant aux enclos, propriété privée, on les entoure en général d'une barrière qui en fixe les limites, et qui empêche toute entreprise du voisin. Tous ces champs sont cultivés, mais ils le sont par tous de la même manière ; l'identité des procédés d'exploitation amène peu de dommages, et dans tous les cas il y a réciprocité d'inconvénients. D'après certaines coutumes même les propriétaires sont obligés de faire des cultures similaires [2]. C'est ce que l'on a appelé le *Flurzwang*. Dans certains pays cet usage s'est maintenu. Nous voyons dans une charte accordée par l'abbé de Saint-Claude aux habitants de Longchaumois en 1390, que chacun devra se conformer pour sa culture aux décisions des prudhommes [3], et dans certains villages de Lombardie il y a eu pendant longtemps un *reggitore* chargé de la direction des travaux agricoles [4]. Une pareille réglementation évite évidemment toutes les difficultés.

Dans ces conditions, on le comprend sans peine, la lé-

1. Tacite, *De moribus germanorum*, 16.
2. Leroy-Beaulieu, *Traité théorique et pratique d'économie politique*, 1896, t. I, p. 534. — Cauwès, *Cours d'Economie politique*, 1893, t. I, p. 483.
3. Dareste de la Chavanne, *Hist. des classes agricoles*, p. 138.
4. Garsonnet, *Hist. des loc. perp.*, p. 533.

gislation ne devait pas s'occuper beaucoup de déterminer l'étendue et les limites du droit de propriété ; une règle générale d'équité suffisait [1]. Aussi nous est-il parvenu bien peu de renseignements. Nous devons pourtant essayer de voir ce que devait être à cette époque reculée le droit de propriété foncière.

IV

Les lois barbares contiennent des textes nombreux sur la défense de briser les clôtures et de violer les limites des fonds [2]. Il n'en a pas fallu davantage à M. Fustel de Coulanges pour soutenir que dès la période mérovingienne on connaissait en Gaule la propriété romaine avec tous ses caractères [3]. « La propriété, dit-il, était individuelle, transmissible, héréditaire ; elle était en même temps libre de tout service, de toute obligation, de toute foi, de toutes redevances. Le pouvoir du propriétaire sur le sol était absolu, c'était la *plena in re potestas* dont parlaient déjà les jurisconsultes romains [4] .»

Il y a quelque exagération. Sans doute le droit de se clore est une preuve de l'existence d'une propriété individuelle [5], mais il ne s'en suit pas que cette propriété ait les caractères de la propriété romaine. A cette époque,

1. Il en est encore ainsi dans les pays où la civilisation est encore plus avancée et la législation rudimentaire. Ainsi le statut lithuanien se borne à défendre aux propriétaires de rien faire sur leurs fonds qui puisse être préjudiciable aux voisins. — L'Oulojénié ajoute quelques détails sur les dommages possibles. Voy. Lehr, *Éléments de droit civil russe,* 1877, n° 224, p. 225.

2. Fustel de Coulanges, *Hist. des Inst. pol.*, t. IV, p. 109.

3. Fustel de Coulanges, *ibid.*, t. I, p. 458 et s.

4. Fustel de Coulanges, *ibid.*, t. I, p. 463.

5. Garsonnet, *Hist. des locations perpétuelles,* p. 197.

propriété signifie essentiellement pouvoir de l'homme libre sur la chose ; ce n'est pas la terre qui est libre, c'est l'individu. Aussi donne-t-on à son droit le nom de *potestas* qui indique bien cette idée. Il a un droit privatif sur un fonds ; on appelle encore son droit *immunitas*, ce qui peut se traduire littéralement par non-communauté. Mais ce pouvoir privatif n'est pas nécessairement un droit absolu et illimité.

On a très bien vu qu'il ne pouvait y avoir de pouvoir absolu pour un individu. Le mot *dominium*, qui désignait à Rome le droit de propriété, que signifie-t-il alors ? Pouvoir politique, parce que ce pouvoir est un pouvoir de souveraineté, partant absolu. Ce n'est qu'au XIII^e^ siècle que l'on emploie ce terme pour désigner la propriété privée ; il apparaît pour la première fois à cette époque dans une constitution donnée par Frédéric II au royaume de Sicile, et les mots germaniques exprimant la même idée sont encore plus récents : *eigenschaft* ne s'emploie au XIV^e^ siècle, *eigenthum* au XVI^e^ [1].

C'est qu'en effet la propriété individuelle a beau se développer, elle reste toujours enveloppée dans des usages primitifs, qui autorisent très largement certains emplois d'un fonds par tous les voisins. C'est surtout l'idée germanique, et cela explique très bien qu'en Allemagne, où cette idée a eu beaucoup plus de persistance qu'en France, les rapports de bon voisinage aient fait admettre des vues beaucoup plus larges sur les servitudes [2]. Bluntschli a très bien mis ce point en relief : « Il est à remarquer, dit-il, que dans beaucoup de cas où chez les Romains la faculté était laissée au propriétaire de

1. Garsonnet, *Hist. des loc. perpétuelles*, p. 45.
2. Chaisemartin, *Proverbes et maximes de droit germanique*, 1891, p. 163.

consentir une servitude, en Allemagne elle existe de droit. La communauté de famille et le lien qui réunissait les associés de la *Mark* ou de la *cour* étaient tels qu'en considération de cette communauté et de ce lien certains droits réels étaient accordés aux membres de la famille considérés individuellement ou aux voisins sur les choses des autres membres de la famille ou des autres voisins[1]. » Les servitudes légales *(Gesetzliche Dienstbarkeiten)* ont toujours été très nombreuses en Allemagne, et Bluntschli remarque qu'elles sont « les conséquences d'un long rapport de droit ».

Il est facile de montrer par quelques exemples comment les anciens usages deviennent des règles légales. Quand on se mit à clore les fonds, on ne laissa pas toujours de chemin praticable, surtout aux chariots, et il fallait pourtant que les terres enclavées pussent être mises en exploitation. Rien de plus simple. Celui qui veut fumer sa terre, et qui n'a pas de chemin pour apporter son engrais, monte sur le toit de sa maison, cherche le chemin le plus commode à travers les fonds voisins, indique avec des gerbes la route qu'il a choisie pour que les autres la respectent, et passe par là [2]. L'absence de clôtures dans les champs rend la chose facile, et personne n'y voit une atteinte au droit individuel. De même, quand un propriétaire n'a pas de puits dans son fonds, il peut aller chercher de l'eau chez son voisin ; celui-ci ne cherche pas à lui interdire le passage et il ne le pourrait pas : *der Brünnen muss Weg haben,* la source a son chemin, et tout le monde peut aller y puiser [3]. Celui qui laboure son champ et qui arrive à la

1. Bluntschli, *Deutches Privatrechts*, § 86, 1.
2. Chaisemartin, *Proverbes*, p. 169.
3. Chaisemartin, *ibid.*, p. 171.

limite peut pénétrer dans le champ voisin pour faire tourner les animaux, c'est le *tour de charrue*, *Pflugrecht*, qui s'est conservé longtemps en Alsace [1] ; on a même fini par décider que celui qui bâtit sur son fonds, doit laisser un espace suffisant pour que son voisin puisse continuer à faire tourner sa charrue, comme il le faisait auparavant, et l'on a créé l'*Anwedenrecht;* nous voyons bien ici la sanction légale de cette idée que l'on ne peut détruire un ordre qui était établi par une exploitation identique des fonds. De même encore celui qui veut réparer sa maison peut passer chez son voisin et y appuyer une échelle, c'est le *Leiterrecht*, qui s'est conservé également jusqu'à la Révolution dans certaines coutumes françaises sous le nom de *tour d'échelle*[2]*;* il peut aussi pénétrer sur le fonds voisin pour certains ouvrages qu'il ne peut exécuter sur son immeuble et y donner le coup de marteau, *Hammerschlagsrecht*.

Tous ces droits, que les coutumes sanctionnent jusqu'à une époque relativement récente, sont très anciens. Seulement autrefois ils étaient admis universellement en pratique et on ne les avait pas fixés. C'est pour cela que nous trouvons si peu de chose dans les lois barbares sur toutes ces questions [3]. C'est justement quand les habitudes anciennes se perdent que le législateur intervient ; mais cette transition de l'état de fait à la règle juridique est bien difficile à déterminer.

Est-ce à dire que dans ces époques lointaines on se fiera toujours à la tolérance des voisins? Nullement. Soit pour

1. Fournel, *Traité du voisinage, considéré dans l'ordre judiciaire et administratif et dans ses rapports avec le Code civil*, 2e éd. an XIII, t. II. V° *Tour de charrue*.

2. Fournel, *ibid.*, t. II. V° *Tour d'échelle*.

3. Glasson, *Hist. des institutions politiques*, t. III, p. 140.

reconnaître expressément les usages existants, soit pour les modifier, il y a des conventions entre voisins, et l'on peut dire que dès cette époque les servitudes existent. Elles apparaissent sous la forme d'une copropriété ; elles sont confondues avec leur objet, on parle de la chose sur laquelle porte le droit et non du droit lui-même ; il en est d'ailleurs ainsi dans toutes les législations où les idées juridiques sont insuffisamment développées.

Ainsi la loi Salique donne au propriétaire le droit de passer sur le fonds voisin ; mais si l'on veut passer, lorsque la moisson pousse, *postquam germinæ produxerint* [1], *postquam in culmum erigitur* [2], on ne pourra le faire *sine via*. On peut donc avoir un chemin, *via*, sur la terre voisine, chemin qui fait l'objet d'un droit de propriété ou plutôt de copropriété, car le maître du fonds sur lequel il est établi peut toujours s'en servir lui-même. Aussi on a l'habitudre de vendre les fonds *cum itibus et reditibus*, *cum exso et regresso* [3]. De même pour les eaux ; plusieurs propriétaires peuvent avoir des droits sur des sources ou des puits situés dans un fonds, et des documents très nombreux signalent des biens acquis *cum aquis aquarumque decursibus*. On dirait aujourd'hui biens acquis avec leurs servitudes.

Les lois anciennes parlent plus souvent de droits d'usage, notamment le droit d'aller prendre du bois dans les forêts, *pro ligneritia*, et le droit d'envoyer paître ses troupeaux sur les terres de la contrée, *pro pastione* [4], sans qu'il y ait une différence bien nette entre les droits

1. *Loi Salique*, Ed. Pardessus, tit. XXXVI, § 2.
2. *Loi Salique*, *ibid.*, § 3.
3. *Donation d'Eloi de* 531.
4. Glasson, *Inst. politiques*, t. III, p. 140. — Fustel de Coulanges, *Histoire des inst. politiques*, t. IV, p. 428.

d'usage personnels, et ceux qui présentent un caractère de réalité. C'est là notamment qu'il faut voir l'origine de tous les droits de vaine pâture. Chacun à l'origine supporte sur ses terres le bétail d'autrui ; le plus souvent les troupeaux de tous sont réunis, confiés à un pâtre, et vont paître indistinctement sur toutes les terres. On ne voit dans cet usage absolument rien de contraire à la propriété individuelle ; car cette propriété ne consiste à l'origine que dans la somme des droits nécessaires au propriétaire pour l'exploitation du fonds ; la récolte faite, la terre redevient commune en quelque sorte et les troupeaux peuvent aller y paître [1].

V

En résumé la propriété offre à cette époque un caractère social très accusé : elle est loin d'être un droit illimité. M. Saleilles en a très nettement marqué les caractères. « La possession individuelle en matière d'immeubles, écrit-il, commença par la possession d'une récolte. On avait ensemencé une parcelle, on la cultivait, la communauté en garantissait la jouissance exclusive au possesseur; une fois la récolte faite la terre redevenait libre et commune à tous. La propriété ne pénétrait pas encore la terre elle-même et le fonds proprement dit ; elle portait sur les résultats du travail de l'homme, elle gardait ainsi dans une certaine mesure son caractère de propriété mobilière. Avec les progrès de la culture intensive, le laboureur garde la terre à perpétuité ; mais la propriété contrairement aux idées romaines ne constitue pas un

1. Saleilles, *Questions de jurisprudence. Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1893, p. 345 et s.

droit absolu, qui fit de lui un petit roi dans son domaine ; elle ne lui donnait de droit qu'autant que cela lui était nécessaire pour la culture et l'exploitation économique des terres ; la récolte faite, le droit de la communauté se retrouvait encore et s'exerçait comme avant. La propriété individuelle reste une propriété qui ne s'est pas complètement dégagée de la communauté primitive. Elle reste une propriété limitée par les droits de la communauté lesquels subsistent dans tout ce qui ne porte pas atteinte à l'exploitation économique du sol [1]. »

On voit bien par cet exemple combien est fausse l'assertion de Savigny, affirmant que dès la conquête de la Gaule par les Barbares le droit romain avait absorbé le droit gallique. Nous voyons au contraire une très longue et très remarquable persistance des coutumes primitives. Ce n'est que bien plus tard que le droit romain viendra modifier toutes ces notions.

Mais avant d'examiner cette influence, il est nécessaire de voir quelle était la notion romaine de la propriété, et nous sommes amenés ainsi à l'étude des deux sociétés plus civilisées, la Grèce et Rome, où le caractère individualiste du droit va se développer et s'affirmer.

1. Saleilles, *ibid.*, p. 387.

CHAPITRE II

LA GRÈCE ET ROME

L'étude des législations de ces deux pays mérite des développements particuliers, parce que leur droit, et plus particulièrement celui de Rome, a eu une immense importance théorique. Au point de vue de l'histoire de la propriété elles offrent ce caractère commun d'une prédominance très nette de l'élément individualiste. Le droit grec commence le mouvement ; le droit romain, lui empruntant beaucoup de ses règles, développe encore cet individualisme et le pousse au plus haut degré.

SECTION I

LE DROIT HELLÉNIQUE [1]

Comme tous les peuples la Grèce connut à l'origine la propriété collective. Il nous en est resté des traces irrécu-

1. Bibliographie : Beauchet, *Histoire du droit privé de la république athénienne*, t. III, *Le droit de propriété*. Paris, Marescq, 1897. — Guiraud, *De la propriété foncière en Grèce jusqu'à la conquête romaine*. Paris, Hachette, 1897.

sables[1]. La propriété individuelle est née du partage des terres ; cette coutume, qui se retrouve toutes les fois que l'on conquiert une ville nouvelle [2], dût être appliquée à l'origine à tous les fonds. Platon, dans son *Traité des Lois,* s'occupant de la fondation d'un état nouveau décrit d'abord le partage des terres [3]. Nous ne pouvons insister sur la preuve de cette copropriété primitive; il est une chose qu'il faut retenir, c'est que les Grecs ont eu le souvenir d'une époque où la propriété individuelle n'existait pas, ce que nous ne retrouverons pas chez les Romains.

Quoi qu'il en soit, à la fin du VII[e] siècle ou au commencement du VI[e] la transformation est accomplie et la propriété individuelle organisée.

Les textes qui nous sont restés sur cette organisation sont très rares. Il n'y a rien là qui puisse nous étonner ; nous en avons vu les raisons dans le chapitre précédent ; elles sont vraies en Grèce comme ailleurs. Si le droit grec est arrivé par la suite à un développement scientifique assez considérable, il n'en a pas moins gardé, à ce que nous pouvons en juger, l'apparence simpliste des premières législations.

Ainsi, et c'est un fait digne de remarque, les Grecs n'ont aucun mot pour désigner le droit de propriété au sens juridique ; ils ont des termes économiques, désignant l'utilité que l'on retire d'une chose, la jouissance matérielle d'un bien, mais ils n'ont pas de terme juridi-

1. Voy. pourtant Fustel de Coulanges, *Nouvelles Recherches sur quelques problèmes d'histoire*, I, *Le droit de propriété chez les Grecs*, p. 17 et s., qui nie toute propriété collective primitive trouvant dans Homère la preuve de la propriété individuelle et déclarant que tous les partages de terres dont parlent les auteurs (Homère, *Odyssée*, IV, 9-10) s'appliquent à des partages de terres conquises.

2. Guiraud, *op. cit.*, p. 34 et les auteurs qu'il cite.

3. Platon, *Lois*, V. p. 73.

que[1]. Cela nous indique bien que la propriété à cette époque est considérée comme le pouvoir de retirer les avantages possibles d'une chose ; mais on ne songe nullement à lui reconnaître le caractère théorique du droit absolu. Il est d'ailleurs facile de montrer que certains droits reconnus alors aux voisins se concilieraient bien mal avec des prérogatives exclusives du propriétaire.

Il est certain que la propriété individuelle est établie et sanctionnée. La meilleure preuve est la protection légale des clôtures et des bornes. Celui qui viole une clôture est considéré comme sacrilège et châtié avec la dernière rigueur[2]. Les Athéniens avaient leur Ζεύς Ἑρκεῖος, protecteur de l'enclos (ἕρκος) et le Ζεὺς Ὅριος, protecteur de la limite qui était considérée comme sacrée (ὅρος ἱερος)[3].

D'un autre côté et par une apparente contradiction on autorise dans certains cas un propriétaire à user du fonds limitrophe. Il est étonnant de voir Platon, qui dans ses Lois organise si fortement la propriété individuelle, reconnaître aux voisins des droits qui ne s'expliquent que par le souvenir d'une copropriété primitive. Ainsi Platon cite l'usage suivant : « Pour transporter ses récoltes on passera par où l'on voudra, à condition de ne faire de tort à personne, ou de réaliser une économie trois fois supérieure aux dégâts[4]. » Les commentateurs du droit grec anciens s'en étonnent. M. Guiraud doute qu'aucune législation ait jamais connu une règle conçue en ces termes[5]. Nous croyons, au contraire, qu'anciennement de

1. Beauchet, *op. cit.*, t. III, p. 53.
2. Platon, *Lois*, VIII, p. 842. — Guiraud, *op. cit.*, p. 63.
3. Fustel de Coulanges, *Nouvelles recherches*, p. 17.
4. Platon, *Lois*, VIII, p. 845.
5. Guiraud, *op. cit.*, p. 191. Le traité de Platon sur les lois est en effet un traité théorique où l'auteur décrit les lois d'une société idéale. Mais il est

tels usages ont dû être fréquents. De quoi peut se plaindre le propriétaire, si on ne lui cause aucun dommage? Qu'invoquerait-il pour interdire le passage à son voisin? Son droit de propriété? Mais justement ce droit ne consiste pour lui que dans le pouvoir de retirer les avantages de l'exploitation économique du sol, et non dans celui d'empêcher tout empiètement. Si on lui cause un dommage, il pourra se plaindre, et dans ce cas le voisin ne pourra pas passer, à moins, ajoute Platon, qu'il ne réalise une économie trois fois supérieure aux dégâts; dans ce cas en effet l'intérêt public exige qu'on lui laisse un chemin; mais il est très vraisemblable que le juge devait accorder équitablement une indemnité à celui dont les récoltes ont souffert.

Prenons maintenant la seconde chose indispensable à l'exploitation agricole, l'eau. Elle est assez rare en Attique, et chacun n'en trouve pas chez lui. Platon règle la question d'une manière bien simple. « Si un citoyen n'a point d'eau sur son fonds, il en prendra chez les voisins une quantité suffisante pour alimenter ses gens et aussi ses bestiaux. Si les voisins en ont eux-mêmes très peu, les magistrats fixeront l'ordre dans lequel chacun fera sa provision[1] ». Il ne faut pas croire qu'il y ait là une règle modèle qui ne se soit jamais réellement appliquée. Plutarque confirme Platon; le propriétaire qui ne découvre pas d'eau dans son fonds, nous indique-t-il, peut en demander au voisin deux fois six χόες par jour (environ quarante litres[2]). Ici encore M. Guiraud ne peut concevoir un tel

hors de doute que Platon n'a pas imaginé de pareils usages, il ne fait que reproduire les coutumes de son temps, ou celles des époques antérieures, dont on avait gardé le souvenir.

1. Platon, *Lois*, VIII, p. 844, A et B.
2. Plutarque, *Vie de Solon*, 23.

usage, et déclare que selon lui cette eau devait être achetée, qu'il fallait verser une indemnité [1]. Rien de semblable dans le texte, et il ne faut pas d'ailleurs s'étonner de cette règle ; c'est tout simplement la survivance comme usage de la copropriété primitive de la source. A l'origine, quand les terres sont communes, tous peuvent venir y puiser ; plus tard, on partage le sol ; la source tombe nécessairement au lot d'un seul ; mais on ne veut pas que les autres en soient privés et on leur conserve leur droit de venir y chercher de l'eau.

Ce sont là des survivances du droit primitif. Elles deviennent bientôt inconscientes ; on oublie la communauté originaire, et la propriété prend une allure franchement individualiste.

On entoure l'héritage de clôtures et de haies, Homère mentionne déjà le fait [2] ; ou bien on creuse entre les deux fonds un large fossé [3]. Quelquefois même on laisse entre la haie que l'on plante et les limites réelles du fonds un espace de terre, et il y a des bornes et des contrebornes [4]. Tout cela montre clairement le désir que l'on a de se renfermer étroitement dans les limites de son fonds, et d'avoir avec le voisin le minimum de rapports possible.

La mitoyenneté est inconnue ; chacun doit planter sa haie et creuser son fossé sur son sol ; chacun est propriétaire de ses limites, et on évite ainsi toute discussion sur ce point.

Quels étaient dès lors les conflits qui pouvaient surgir entre propriétaires se livrant tous à l'agriculture ? Des dis-

1. Guiraud, *op. cit.*, p. 193.
2. Homère, *Iliade*, V, 90. — Comp. Guiraud, *op. cit.*, p. 183.
3. Thucydide, I, 106. — Letourneau, *L'Évolution de la propriété*, p. 323.
4. Guiraud, *op. cit.*, p. 185.

cussions sur les plantations peut-être. On avait prévu le cas. On ne pouvait planter en effet qu'à une certaine distance de la limite [1] ; on ne pouvait construire qu'en observant également une distance variable suivant la nature des constructions que l'on voulait entreprendre [2]. Pour prévenir les éboulements, on ne permettait pas de creuser le fossé de séparation des héritages sur la limite même ; il fallait laisser un espace égal à la profondeur du fossé [3], et, s'il y avait des sources dans les environs, on évitait le tarissement en traçant un périmètre de protection [4].

Tous ces usages laissaient bien peu de place à des conflits, que le juge aurait d'ailleurs tranchés de son droit souverain, en s'inspirant de l'équité. Quand ces règles anciennes autrefois universellement admises furent discutées et tendirent à s'effacer, Solon les réunit et en fit une sorte de Code rural [4]. Depuis elles ne se modifièrent guère.

On maintient le droit de passage en cas d'enclave, c'est une nécessité absolue pour l'agriculture ; les enclaves sont d'ailleurs très rares grâce à cette habitude de laisser entre les clôtures des espaces libres qui constituent autant de chemins. Il n'y avait guère comme enclaves que les tombeaux, objets sacrés, qui ne sont pas transmis avec le fonds ; la famille conservait toujours un droit de passage pour aller à ces tombeaux [5], et c'est surtout l'hypothèse à laquelle les auteurs font allusion.

Quant aux eaux, les canaux étaient très nombreux [6], et passaient à travers les propriétés privées ; on devait

1. Aristote, *Économiques*, II, 2, 14. — Guiraud, *op. cit.*, p. 188.
2. *Dig.* X, 50, 13. Gaius y cite une loi de Solon.
3. Beauchet, *op. cit.*, t. III, p. 161. — Guiraud, *op. cit.*, p. 185.
4. Plutarque, *Solon*, 23, 24.
5. Guiraud, *op. cit.*, p. 191. — Beauchet, *op. cit.*, t. III, p. 168.
6. Beauchet, *op. cit.*, t. III, p. 171.

éviter les maisons, et ne pas causer de dommages inutiles [1]. Pour les eaux pluviales, le fonds inférieur était tenu de les recevoir et on ne pouvait pas faire de travaux de défense ; c'est sur cette question que roule le plaidoyer de Démosthènes contre Calliclès. Il y avait là également une nécessité de premier ordre [2]. Pourtant le propriétaire supérieur ne peut rien faire qui aggrave les inconvénients de cette obligation [3].

De pareilles mesures devaient éviter bien des conflits. Nous trouvons encore quelques dispositions sur les distances nécessaires pour l'établissement de ruches d'abeilles [4], sur les précautions à prendre en brûlant les bois [5], et c'est tout. De contestations entre propriétaires de maisons voisines, il n'en est jamais question ; les maisons sont isolées, et aucun conflit sérieux ne peut s'élever.

Rien d'étonnant après cela que l'on ne puisse trouver aucune trace de servitude établie par contrat. M. Guiraud n'en découvre aucune [6] ; M. Beauchet en cite deux, qui ne sont à proprement parler que la reconnaissance conventionnelle de droits légaux (écoulement des eaux sur le fonds inférieur, droit de faire passer un aqueduc sur le fonds voisin). Il y avait en effet infiniment peu de rapports à régler.

Il y d'ailleurs une autre raison à ce que les Grecs n'aient

1. Platon, *Lois*, p. 844 A. — Guiraud, *op. cit.* p. 193. — Beauchet, *op. cit.* III, p. 166.

2. Dans le plaidoyer de Démosthènes contre Calliclès, Tisias auquel on reproche de ne pas retenir sur son fonds les eaux pluviales répond : « Je ne peux pourtant pas les boire. »

3. Beauchet, *op. cit.* III, p. 162.

4. Plutarque, *Solon*, 23. — Guiraud, *op. cit.* p. 189. — Beauchet, *op. cit.* III, p. 171.

5. Platon, *Lois*, VIII, p. 843. — Beauchet, *op. cit.* III, p. 171.

6. Guiraud, *op. cit.* p. 195.

jamais songé à constituer une théorie spéciale des servitudes. En Grèce la règle est la liberté absolue des contrats, et un simple pacte suffisait pour constituer toutes sortes de droits. Les conventions entre voisins ne présentent aucun caractère spécial ; la question de la durée de la convention et de la personnalité du droit consenti sont de pures questions d'interprétation de volontés.

C'est ce qui nous explique qu'il n'y ait pas eu de théorie générale. « Il ne semble pas, écrit M. Guiraud [1], que les Grecs se soient posés à ce sujet toutes les questions qui ont été soulevées par les jurisconsultes romains ou français. Plus préoccupés en ces matières de la pratique que des théories, ils ont négligé de résoudre, peut-être parce qu'ils ne les ont point aperçus, une foule de problèmes qui n'offrent guère qu'un intérêt doctrinal. Ils ne se sont pas souciés des principes, et n'ont pas construit de systèmes. Ils ont considéré comme des vérités de bon sens admises par tout le monde beaucoup de règles qui figurent dans nos lois, et il se peut qu'ils aient jugé superflu de les inscrire toutes dans les leurs. » Ils l'ont jugé superflu, parce que ces usages sont dans leurs mœurs, et que tous ces droits leur apparaissent non comme une atteinte qui serait portée à la propriété, mais comme une espèce de concours mutuel que les propriétaires se doivent entre eux. Nous voyons par là que l'idée primitive n'a jamais disparu complètement en Grèce. Nous allons arriver en droit romain à des constatations différentes.

1. Guiraud, *op. cit.*, p. 170.

SECTION II

LE DROIT ROMAIN [1]

A Rome comme en Grèce la propriété du du sol dut être tout d'abord collective [2]. Les terres appartenaient très probablement aux *gentes*. Mais de très bonne heure la propriété privée apparaît. Si loin que l'on remonte dans la période historique, on constate l'existence de l'*heredium*, lot de terre de deux arpents (un demi-hectare) qui est toujours propriété individuelle.

Les Romains ont conservé le souvenir d'un partage des terres entre les citoyens, et ils l'attribuent à Numa, mais ils ne paraissent pas en conclure que la propriété privée n'existait pas auparavant [3], et très probablement ce partage, dont le souvenir a survécu, fut simplement un partage de terres conquises sur l'ennemi, comme cela eût souvent lieu plus tard après la conquête des colonies [4]. Les seules traces qui soient restées de la communauté primitive sont des persistances inconscientes dans la langue et

1. Voy. Giraud, *Recherches sur le droit de propriété chez les Romains sous la République et sous l'Empire*. Aix, 1838. — Destrais, *La propriété et les servitudes en droit romain*. Paris, 1885. — Il n'y a aucun traité spécial récent en France sur ce sujet, mais tous les ouvrages généraux contiennent d'abondants renseignements.

2. Girard, *Manuel de droit romain*, 1898, p. 253.

3. Cuq. *Les institutions juridiques des Romains, envisagées dans leurs rapports avec l'état social et les progrès de la jurisprudence*, t. I. *L'Ancien droit*. Paris, 1891, p. 80. — Laboulaye, *Histoire de la propriété foncière en Occident*, 1839, p. 68. — Giraud, *Le droit de propriété chez les Romains*, p. 48 et s.

4. Voy. sur le partage des terres des colonies et le tirage au sort des lots. Fustel de Coulanges, *Histoire des Institutions politiques*, t. I, p. 192.

les institutions juridiques. Mais il n'y a à Rome aucun souvenir conscient de ces époques lointaines. Le droit romain a perdu très vite le souvenir de ses origines ; c'est un fait souvent remarqué ; il en a été ainsi pour la théorie de la propriété. Si nous nous plaçons à l'époque de la loi des XII Tables (300 à 305 de Rome, 459 à 454 av. J.-C.), la propriété individuelle est constituée à Rome, et on ne trouve plus de traces de la propriété collective.

I

Dès cette époque la propriété privée nous apparaît comme strictement limitée et parfaitement individualisée. On sait quelle sanction terrible le droit primitif avait attachée à la violation des limites. Chaque propriétaire procède au bornage par des cérémonies religieuses ; ceux qui violent les limites sont poursuivis comme sacrilèges, et le renversement d'une borne rend le coupable *sacer* [1]. Une vieille tradition attribue au roi légendaire Numa, l'introduction du culte du dieu Terme. Nous retrouvons ici le même procédé qu'en Grèce ; il faut dire procédé ; car la cérémonie religieuse qui accompagne le bornage a pour unique but de permettre plus tard la condamnation sévère du coupable ; et cette pénalité terrible nous montre bien le besoin que l'on ressentit de sanctionner fortement la propriété privée à une époque où sa création toute nouvelle n'inspirait pas toujours un bien grand respect.

1. Denys, *Antiq.*, t. II, § 74, t. XI, § 7. — Plutarque, *Numa*, § 16. — Ciceron. *De Republica*, X, § 14. — Voy. Beaudoin, *De la limitation des fonds de terre dans ses rapports avec le droit de propriété*. Paris, 1894. — Fustel de Coulanges, *La Cité antique*, p. 72 et s. — Giraud, *op. cit.*, p. 80. — Cuq, *Institutions*, t. I. *L'ancien droit*, p. 79. — Girard, *Manuel*, p. 251. — Accarias, *Précis*, t. I, n° 204. — Cf. sur l'*homo sacer* : Ihering, *Esprit du droit romain*, trad. de Meulenaëre, 1878, t. I, p. 280.

Les Romains firent mieux encore ; pour éviter tous rapports avec leurs voisins, ils s'isolèrent. Ici il y eut influence certaine du droit grec, et c'est même sur ces dispositions que l'on s'est appuyé pour démontrer l'influence grecque sur la loi des XII Tables [1]. Gaius nous dit formellement que l'on a emprunté aux lois de Solon les règles sur les distances requises par les plantations et les constructions [2] ; on ne peut planter qu'à une certaine distance de la limite, sauf, et cette exception montre bien l'importance que les Romains attachaient à la séparation effective des propriétés, sauf si l'on veut planter une haie [3].

Chaque propriétaire s'isole chez lui ; c'est une constatation que nous avons déjà faite chez tous les peuples, et Tacite avait bien tort de s'étonner de cette coutume germanique ; il connaissait mal l'histoire de ses institutions nationales. Voici ce qu'il aurait lu dans la loi des XII Tables, et après elle la loi Manilia, qui ne font d'ailleurs que consacrer des usages déjà reconnus au moment où elles sont promulguées [4] : tout propriétaire d'un *ager limitatus* doit laisser en friche à côté de son champ ou de sa maison une bande de terre de deux pieds et demi ; la réunion de ces deux bandes forme un espace de cinq pieds que l'on nomme *ambitus* ; la prescription se trouve dans la loi des XII Tables [5]. Cet espace sert de chemin pour accéder aux différents fonds. Cela explique très bien que l'on n'eût pas besoin de stipuler de droits de passage par suite de la multiplicité des *viæ vicinales*, ou *confinii* [6].

1. Cuq, *Institutions*, t. I. *L'ancien droit*, p. 131 et s.
2. Dig. X, 1, 13. Cuq, *ibid.*, p. 272.
3. Cuq, *ibid.*, p. 271.
4. Destrais, *Propriété et servitudes en droit romain*, p. 9.
5. Girard, *Manuel*, p. 249.
6. Cuq, *ibid*, p. 272.

Même règle dans les villes. L'espace qu'on doit laisser autour de la maison s'appelle *ambitus* et il sert de passage aux *confines*. Par conséquent il n'y avait pas de murs mitoyens. Fustel de Coulanges, qui veut expliquer toutes les institutions par l'influence des idées religieuses, soutient que la mitoyenneté était impossible parce que l'enceinte sacrée appartenait au dieu protecteur du foyer [1] ; il est vraisemblable que l'on a donné cette raison ; mais ici, comme dans beaucoup d'autres institutions le scrupule religieux cache des intérêts privés ou publics plus sérieux. Si on isolait ainsi les habitations dans les villages, c'est que la famille tenait à avoir le moins de relations possible avec les autres familles, c'est que chacun entend exercer un droit souverain dans ses limites, être maître absolu dans son *insula* [2].

La réglementation du droit de propriété était facile dans ces conditions. La contiguïté des fonds fera naître sans doute des rapports nécessaires ; ils étaient réglés très anciennement par les usages. Certains de ces usages qui se sont progressivement effacés sont très curieux parce qu'ils nous montrent justement comment la propriété devait être conçue à l'origine ; ils cadrent assez mal en effet avec la conception classique du dominium [3].

1. Fustel de Coulanges, *La Cité antique*, 6e éd., Paris, Hachette, 1876, p. 66.

2. Plus tard quand les maisons furent construites les unes contre les autres on appela *insula* un groupe de maisons entre des rues, et d'après M. Ch. Giraud cette habitude s'est conservée dans le midi de la France où l'on désigne les pâtés de maisons sous le nom d'*îles*.

3. Nous ne visons ici que les règles relatives aux rapports de voisinage. Mais on pourrait en d'autres matières trouver des principes qui s'accommodent bien mal d'une conception du dominium comme droit exclusif et absolu. — Un des arguments les plus frappants peut être tiré de la *deditio noxalis* : celui qui a été victime d'un dommage causé par un esclave ou un animal peut exiger la livraison de l'esclave ou de l'animal, alors même qu'ils ont

Par exemple, les glands des chênes situés sur un fonds tombent sur le fonds voisin ; le propriétaire du chêne a le droit d'y pénétrer, et d'aller y ramasser les glands. Ce qui montre l'ancienneté de cette disposition, c'est qu'on ne parle à l'origine que des glands ; il faut remonter à une époque où l'agriculture est bien peu développée, et où les glands servent à la nourriture des Romains. A cette époque on considérait comme très naturel d'aller chercher ces glands chez le voisin. Plus tard quand l'agriculture se développe, on étend la règle à tous les fruits ; mais on la considère désormais comme un empiètement gênant ; l'usage se perd, et le préteur est obligé de sanctionner la vieille règle, dont l'application allait rencontrer des difficultés, en accordant un interdit *de glande legendâ* [1]. Seu-

changé de maître depuis le jour du délit ; *noxa caput sequitur* (Gaius, *Inst.*, IV, 77. Ulpien, Dig. IX, 1, 1, § 12). — A l'époque classique on déclare que la *deditio noxalis* est une *facultas solutionis* (Gaius, *Inst.*, IV, 75) pour éviter de payer le *litis æstimatio*. Qui ne voit la fausseté de l'explication ; car quelle serait la cause de cette obligation qui pèse ainsi sur le propriétaire de l'esclave ou de l'animal ? On ne peut en trouver aucune, puisque le propriétaire qui doit faire la *deditio* peut très bien ne pas être le même que celui qui possédait l'esclave au moment du délit. — Il y a là en réalité une atteinte très grave au droit de propriété, absolument inexplicable au droit classique ; le propriétaire perd son droit sans compensation et sans qu'on ait rien à lui reprocher. Il faut remonter pour trouver une explication logique à une époque où l'on ne peut pas avoir sur les choses un véritable droit, mais un simple pouvoir de fait. La victime cherche à exercer sa vengeance contre l'auteur du délit ; et la satisfaction de la vengeance apparaît comme plus nécessaire que le maintien de la situation de fait. Quand cette situation se consolidant devient le droit de propriété, les règles sur la vengeance privée ne se comprennent plus, mais conservées inconsciemment, elles s'incorporent à d'autres principes juridiques, et se maintiennent sans que l'on puisse en donner une explication satisfaisante. — Ce qu'il faut retenir, c'est que si la propriété sur les esclaves et sur les animaux, qui est la plus ancienne, affectait de tels caractères, à plus forte raison la propriété foncière beaucoup plus récente ne devait pas avoir un caractère absolu et ne devait même pas être nettement déterminée comme droit.

1. Ulpien, *Dig.* XLIII, 28, 1.

lement il restreint alors les conditions d'exercice du droit ; et il ne permet de pénétrer sur le fonds voisin que *tertio quoque die*.

Autre règle que nous retrouvons en droit classique, et qui est évidemment un très ancien usage. Celui auquel on a pris des échalas ne peut plus les revendiquer quand ils sont incorporés à une vigne, mais il peut en exiger la valeur au double. M. Cuq [1] soutient que c'est une règle admise dans l'intérêt général et qu'il y a là une sorte d'expropriation pour cause d'utilité privée. Mais alors pourquoi la règle ne s'applique-t-elle pas à toutes sortes d'autres matériaux? D'ailleurs les règles générales sur l'accession sont tout autres ; toutes les fois que la séparation est possible, le propriétaire à l'*actio ad exhibendum*, puis la *revendicatio* [2] ; et s'il ne peut pas exercer ces actions parce que les choses ont perdu leur individualité par suite de l'incorporation, il les exercera plus tard quand la séparation se fera d'elle-même [3]. Comment comprendre dès lors qu'il ne puisse pas revendiquer les échalas, dont la séparation de la vigne est toujours possible. Très vraisemblablement, croyons-nous, parce que primitivement on pouvait prendre du bois chez son voisin sans que celui-ci protestât. C'est là un usage que nous retrouvons dans toutes les législations anciennes. Plus tard on ne comprend plus la règle qui s'est conservée, et, pour empêcher son application, on porte une condamnation au double.

Mentionnons enfin les règles relatives à la chasse. Tout le monde à Rome peut chasser sur toutes les terres, de

1. Cuq, *Institutions*, t. I, *L'ancien droit*, p. 278.
2. Paul, *Dig.* VI, 1, 23, § 5.
3. Paul, *Dig.* VI, 1, 23, § 7. C'est le cas où des matériaux ont servi à construire une maison ; on ne peut exiger la démolition de la maison.

même que tout le monde peut pêcher dans les rivières qui traversent les fonds, ou dans les étangs qui y sont enclavés. Le Romain est agriculteur : la chasse et la pêche ne l'intéressent guère. Aussi tolérait-il volontiers à l'origine que l'on pénétrât sur son fonds pour y chasser à la condition de ne lui causer aucun dégât. Wächter a essayé de demontrer le contraire [1] ; il ne pouvait comprendre comment les Romains avaient pu concilier ces règles sur la chasse avec leur conception classique du *dominium*. L'explication est bien simple ; les règles sur la chasse sont bien antérieures à la constitution de cette notion théorique de la propriété, et elles se sont maintenues [2]. Comme le dit très bien Ihering, il y avait là une sorte d'*usus publicus* sur les *res privatæ* [3]. Plus tard on a voulu réglementer ce droit, et on a essayé une conciliation des principes si différents qui régissent le droit de chasse et le droit de propriété. Les jurisconsultes semblent légitimer ce droit par le consentement présumé de celui chez lequel on chasse ; Gaius nous dit que l'on ne peut chasser *invito domino* ; mais la persistance des usages anciens était telle que même d'après ces jurisconsultes il fallait une défense formelle faite à chacun de ceux qui émettaient la prétention de chasser [4].

1. Wächter, *Das Jagdrecht und die Jagdvergehen. Erster Abschmitt. Das Römische Recht.* Leipzig, 1870, pp. 338-350.

2. Il ne faut pas confondre le droit de chasser sur un fonds et le droit de s'emparer du gibier; même au droit classique le gibier est *res nullius*. Pothier en conclut que la chasse était libre parce que les animaux sont « dans l'ancien état de communauté négative » (*Traité du domaine de propriété*, n° 24). Notre démonstration s'applique au contraire au droit de chasse proprement dit.

3. Ihering, *Actio injuriarum*. Trad. de Meulenaëre, 1888, p. 81 et s.

4. Ihering, *Actio injuriarum*, p. 87. — Pothier, *De la propriété*, n° 24. — Jevain, *Le droit de chasse et la propriété foncière*. Thèse, Paris, 1901, p. 18.

D'autres usages ont persisté plus complètement, et, soigneusement recueillis ont été édictés en règles juridiques. Ce sont ceux que l'on jugeait nécessaire de maintenir pour éviter des conflits entre propriétaires voisins. Ils se rapportent aux eaux et aux plantations, et les auteurs qui en traitent les signalent comme des restrictions au droit absolu du propriétaire. Leur sanction légale se trouve dans la loi des XII Tables, mais il est évident ici encore que la loi a simplement codifié des institutions préexistantes. On peut signaler l'obligation pour le propriétaire inférieur de recevoir les eaux pluviales, découlant du fonds supérieur[1], et l'obligation de supporter au-dessus de son fonds les branches des arbres du voisin, pourvu qu'elles soient à une hauteur de quinze pieds, *quindecim pedibus altius*[2]. Ce sont là des limitations légales. Une seule chose est intéressante à remarquer. C'est qu'à Rome ces règles n'ont jamais reçu le nom de servitudes.

II

Ces règles sont d'ailleurs à l'origine en très petit nombre. Les mœurs et la tolérance primitive répondent aux autres nécessités. Mais bientôt cet esprit de tolérance s'affaiblit ; ce fut à Rome de très bonne heure, et c'est alors que naissent à la vie juridique les droits que l'on a appelés plus tard, *servitudes*. « Après l'apparition des terres gen-

— Moyat, *Essai historique, critique et comparé sur le droit de chasser en général*. Thèse, Paris, 1900, p. 9.

1. *Dig.* XXXIX, 3. *De aqua.*

2. *Dig.* XLIII, 27, 1, § 7. Cf. Girard, *Manuel*, p. 249. — Accarias, *Précis*, t. I, n° 203 a. — Maynz, *Cours de droit romain*. Bruxelles, 1871, t. II, § 95, p. 698.

tilices, dit M. Cuq, le morcellement des propriétés rendit dans certains cas nécessaire la constitution de servitudes, ou pour mieux dire la transformation en servitudes de certains états de fait consacrés par l'usage. Il est vraisemblable que l'on se bornât à maintenir aux propriétaires des parcelles de l'*ager gentilicius* la faculté de se servir de l'eau ou des passages, comme ils le faisaient précédemment, avant d'avoir acquis la propriété exclusive des champs[1]. »

Ce qui suffit à le démontrer c'est que ces servitudes n'eurent pas à l'origine ces caractères, qu'elles prirent ensuite, de droit incorporel et de restriction de la propriété ; ce n'est que bien plus tard que les jurisconsultes romains emploieront le terme, *jura prædiorum*. C'est d'ailleurs un phénomène fréquent dans l'histoire du droit ; à l'origine tous les rapports de droit patrimonial ont pour objet la chose visible et palpable ; puis avec les progrès de la science juridique on s'élève à la conception immatérielle et spiritualiste de la *res incorporalis*[2].

Au début donc il devait simplement y avoir copropriété d'une chose[3]. Le propriétaire d'une source par exemple renonce à user pour lui de l'entière utilité de cette source ; son voisin aura un droit sur une partie de l'eau, et il exprimera son droit en disant : *aqua mea est ;* le droit est désigné par le nom même de l'objet sur lequel il porte[4].

Il est même resté inconsciemment dans le droit postérieur des traces de cet état primitif. Aussi quand les Ro-

1. Cuq, *Institutions*, t. I, p. 272.
2. Voy. Ihering, *Actio injuriarum*, p. 116 et *Esprit du droit romain*, t. III, p. 131.
3. Cuq, *Institutions*, t. I, p. 275.
4. Cuq, *ibid.*, p. 731.

mains connurent l'hypothèque, ils admirent très bien que l'on pût hypothéquer une servitude rustique, mais non une servitude urbaine. Pourquoi cela ? M. Girard explique que le droit hypothéqué doit pouvoir être vendu, et que les servitudes urbaines rencontreraient un nombre d'acheteurs trop restreint[1]. Nous croyons bien plutôt qu'il était resté dans l'esprit des Romains l'idée d'une confusion entre la servitude rurale et son objet, et que celle-ci apparaissait alors comme une chose matérielle, susceptible d'hypothèque.

Cet usage commun de la source et du chemin, nous l'avons rencontré dans beaucoup d'autres législations. Mais il faut signaler de suite une différence qui nous montrera l'aspect particulier que va prendre la propriété à Rome. Tandis que chez les Germains ou même chez les Grecs ces droits existent pour tous et de plein droit, à Rome il a cessé d'en être ainsi avant même la période classique, et dès la loi des XII Tables on nous les représente comme exigeant des conditions spéciales pour pouvoir être exercés.

Ils ne devaient pas d'ailleurs être bien nombreux. On cite comme les plus anciens, *via*, *iter*, *actus*, *aquæductus*, ce qui nous ramène toujours en définitive à ces deux nécessités primordiales de l'exploitation agricole, l'eau et le chemin. Quant au passage, il devait être rarement stipulé en présence de cette fréquence des chemins que nous avons signalée ; les différences entre *via*, *iter* et *actus* devaient être basées sur la largeur de la voie, et on ne les a clairement distinguées que plus tard. Quant aux eaux, il fallait bien permettre de stipuler un droit sur les sour-

1. Girard, *Manuel*, p. 754, texte et note 4.

ces, sous peine d'entraver complètement l'agriculture. Plus tard des distinctions s'introduisent, et nous avons l'*aquæ ductus*, l'*aquæ haustus*, le *pecoris ad aquam apulsus*. On signale ces deux derniers droits comme plus récents[1]. Comment le croire ? Ce sont les formules juridiques qui sont récentes, mais non les droits eux-mêmes, qui devaient être admis chez un peuple pasteur dès la plus haute antiquité, sans que l'on songeât à leur donner une dénomination particulière.

Nous ne trouvons aucune trace de rapports entre les maisons. La servitude urbaine qu'on reconnaît la plus ancienne, *jus cloacæ immittendæ*, ne remonte qu'à la reconstruction de Rome après l'incendie de la ville par les Gaulois. Il n'y en avait donc aucune à l'époque de la loi des XII Tables, et cela se comprend très bien ; les seuls usages que l'on reconnût alors étaient ceux que la vie agricole imposait[3], et qui ne semblaient vexatoires à personne parce que tous se souvenaient de leur origine.

III

Le nombre de ces usages va augmenter avec le développement des rapports économiques entre les voisins, et en même temps par une singulière contradiction on sera porté à les admettre moins facilement. On les considère en effet comme des restrictions portant atteinte au droit de propriété, et c'est à regret qu'on les reconnaît ; aussi Ihering a-t-il pu dire avec raison que « la vie arrache leur consécration à la jurisprudence ».

1. Girard, *Manuel*, p. 350.
2. Girard, *ibid.*, p. 350.
3. Ihering, *Esprit du droit romain*, t. IV, p. 338.

Cette notion de la propriété, que nous avions trouvée un peu confuse dans l'ancien droit romain, les jurisconsultes de l'époque classique vont la préciser et en développer les caractères. Ils le font dans un esprit nettement individualiste ; ils oublient complètement les origines de cette propriété ; ils modèlent leurs institutions privées sur leur droit public absolument impérialiste ; et reflétant dans leur conception de la propriété les caractères même de leur personnalité, ils veulent assurer au propriétaire la sécurité et la liberté. Toute restriction « anéantit le droit à la liberté de la propriété que chaque génération apporte en naissant[1] ». Ce n'est pas seulement la valeur matérielle de la propriété que la servitude atteindra, c'est aussi et surtout sa valeur morale, l'idée de sécurité et de liberté qui en est la base. Souvenons-nous d'ailleurs que le peuple romain est un peuple d'agriculteurs ; or, on l'a remarqué[2], nul n'a le sentiment individualiste plus développé que le paysan ; nul ne distingue avec plus de soin le tien et le mien, et ne souffre plus jalousement l'exercice d'un droit quelconque sur son fonds par quelqu'un autre.

En même temps le droit se spiritualise, et l'on a désormais la conception des droits immatériels. Quand on reconnût par exemple au propriétaire le droit de stipuler de son voisin que celui-ci ne bâtirait pas pour ne pas lui enlever la vue, il ne pouvait plus dire : la vue m'appartient, comme l'on disait, *aqua mea est*, il fallut indiquer le droit se rapportant à la chose[3]. Cette habitude de langage se généralisant, on cessa de considérer l'eau et le chemin comme pro-

1. Ihering, *Esprit du droit romain.*, t. II, p. 222.

2. Ihering, *Der Kampf um's Recht.* Trad. de Meulenaëre. *La lutte pour le droit*, 1890, p. 28.

3. Cuq, *Les Institutions juridiques des Romains*, t. II. *Le droit classique et le droit du Bas-Empire*, 1902, p. 267.

priétés communes. Désormais la source appartiendra entièrement au propriétaire du fonds sur lequel elle surgit; mais le voisin pourra avoir le droit de venir y puiser de l'eau, le chemin appartiendra au propriétaire du fonds sur lequel il est établi, mais le voisin aura le droit d'y passer : on appelle ces droits des *servitudes*.

Le mot est caractéristique. Nous n'en avons trouvé l'équivalent dans aucune législation ancienne. Le terme juridique employé indique bien l'état de dépendance dans lequel est le fonds sur lequel porte ce droit. Ce ne sont pas sans doute les idées courantes; mais c'est bien la conception théorique construite par les jurisconsultes. Et c'est là que se greffe toute la théorie de notre Code civil, c'est à cette notion qu'il faut remonter pour en découvrir la véritable origine. Le fonds sur lequel pèse un pareil droit peut être assimilé à l'esclave soumis à la puissance d'un maître; *servit prædium*. Ce n'est plus le *fundus liber*[1]; d'où le mot *servitus* pour désigner ce droit[2]. Désormais le fonds perd de ses qualités; il n'est plus *optimus maximus*[3]; et s'il n'a pas perdu sa valeur matérielle, il a tout au moins perdu une partie de sa liberté. Le jurisconsulte Pedius nous dit que la constitution d'une servitude entraîne une *juris deminutio* du fonds servant[4]. Quand la servitude disparaît, la langue célèbre le retour du fonds à la liberté, *usucapio libertatis, prædium liberum*.

Dès lors on ne peut plus considérer les servitudes que comme des restrictions apportées forcément à la liberté naturelle des fonds. A l'origine, dit-on, il ne devait y avoir

1. Cicéron, *De oratore*, I, 39, 178.
2. Cuq, *Institutions*, t. II. *Le droit classique*, p. 267.
3. *Dig.* I, 16, 126.
4. *Dig.* XXXIX, 1, 5, § 9.

que des propriétés libres; plus tard par suite des nécessités pratiques les hommes ont été obligés de convenir de certaines restrictions à ce droit absolu. Mais dans son principe et dans son essence la propriété reste absolue et illimitée. C'est le *dominium*, la *plena in re potestas*[1]. Le Romain épris à la fois de liberté et de domination façonne son droit à son image; il veut être le maître absolu chez lui, et il ne supporte aucune intrusion de la part d'autrui. Il veut pouvoir faire sur son fonds ce qu'il lui plaît, quelques inconvénients qu'il puisse en résulter pour les autres. Mais dans la vie pratique ces prétentions ne peuvent se soutenir dans leur intégrité, et alors nous assistons à ce spectacle curieux : en même temps que le droit de propriété se constitue et s'affirme comme droit absolu et illimité, apparaissent à la vie juridique de nouvelles servitudes.

IV

Sous la pression des nécessités journalières de nouvelles servitudes sont en effet reconnues. Avec une civilisation moins rudimentaire le paysan devient artisan; il se sert du sable et de l'argile extraits du sol, et l'on distingue le *jus harenæ fodiendæ*[2]; il connaît l'usage de la chaux, et l'on sanctionne le *jus calcis coquendæ*[3].

Mais c'est surtout dans les villes que les servitudes se développent. Dans les campagnes l'usage du sol n'a pas extrêmement varié ; l'exploitation agricole n'a pas changé. Au contraire dans les villes il y a eu de grandes transfor-

1. *Inst.* II, 4, § 4.
2. Cuq, *Institutions*, t. II, p. 271.
3. *Dig.* VIII, 3, 5, § 1.

mations. Beaucoup de villes se sont fondées, les habitations se sont rapprochées. Après le sac et l'incendie de Rome par les Gaulois, les maisons furent reconstruites très près les unes des autres et sans beaucoup de méthode. On dût alors reconnaître à chaque propriétaire le droit de faire passer sous les maisons voisines la conduite qui relie sa maison à l'égout collecteur de la ville; ce fût le *jus cloacæ immittendæ*. Plus tard, et même d'après certains auteurs à partir de cette reconstruction[1], la population étant devenue plus dense, il fallut économiser encore davantage la place, et on se servit du mur voisin pour y appuyer sa construction ; il y avait d'ailleurs là en même temps une économie sensible ; c'est ainsi qu'apparaît la mitoyenneté[2]. Cette mitoyenneté n'entraînait pas propriété indivise, Papinien et Paul le déclarent expressément[3]; le mur appartient à chacun *pro diviso*, *ex regione cujusque*[4]. Il n'y en a pas moins là un événement considérable, parce qu'il décèle un notable changement dans les mœurs. La mitoyenneté impose de nouvelles servitudes. Autrefois les eaux pluviales coulaient librement du toit de la maison dans l'*ambitus* ; désormais on va être obligé de créer le *jus stillicidii*, droit de faire écouler sur la propriété voisine les eaux provenant de son toit. Même droit portant un autre nom, *jus fluminis*, quand on déverse ces eaux à l'aide d'une conduite. Bientôt on se met à construire des maisons à plusieurs étages ; ce sont alors les servitudes d'appui, *jus parietum*, *jus tigni immittendi*, *jus oneris ferendi*[5], et

1. Girard, *Manuel*, p. 351, note 1.
2. Cuq, *Institutions*, t. I, p. 515.
3. Papinien, *Dig.* VIII, 2, 36. — Paul, *Dig.* X, 3, 19 pr.
4. Pellat, *Exposé des principes généraux du droit romain sur la propriété et ses principaux démembrements*, 2e éd. 1870, p. 145, note 1.
5. *Dig.* VIII, 5, 12. — *Dig.* VIII, 2, 25 pr. et 27 pr.

la servitude de jour qui comprend à elle seule quatre variétés[1].

Toutes ces servitudes sont distinguées et cataloguées par les auteurs; elles reçoivent un nom distinct. Elles sont perpétuelles, elles doivent avoir ce que les jurisconsultes appellent une *causa perpetua*. La vraie raison de cette condition est que l'on ne veut reconnaître comme servitudes que les droits présentant une utilité incontestable. « Les Romains, en effet, dit Ihering, partent de l'idée que le rapport d'obligeance et de secours entre les voisins existant entre deux fonds ne mérite d'être traduit sous forme de servitude, que lorsque l'intérêt de l'un et les services possibles de l'autre sont de nature permanente[2] », car cette permanence prouvera leur utilité, et « les seules servitudes prédiales valables sont celles qui sont motivées par la destination économique du fonds dominant... *Servitus fundo utilis esse debet :* toutes celles au contraire qui n'accordent au propriétaire qu'un avantage et qui n'ont rien de commun avec le but du fonds dominant sont nulles[3] ».

Or quel peut être ce but pour les Romains ? Le même Ihering l'a très bien indiqué dans un autre de ses ouvrages[4] : « Le point de vue décisif, en ce qui concerne les

1. Voy. sur ce point Cuq, *Institutions*, t. II, p. 272 et note 3, qui distingue les servitudes : « 1° *altius non tollendi*, qui assure au fonds dominant tout entier l'air, le jour nécessaire, et la vue sur le fonds voisin ; 2° *ne luminibus officiatur*, qui ne protège que les jours existant ou à établir dans le fonds dominant ; 3° *ne prospectui officiatur*, qui assure la vue libre sur le fonds voisin de manière à rendre le fonds dominant plus agréable ; elle défend d'entraver la vue même par des plantations ; 4° *luminis immittendi*, qui confère le droit de pratiquer une ouverture dans un mur mitoyen pour prendre du jour chez le voisin ; 5° la servitude *luminum*, qui ne se confond peut-être pas avec la précédente. »

2. Ihering, *Esprit du droit romain*, t. II, p. 225.

3. Ihering, *ibid.*, t. II, p. 226.

4. Ihering, *Actio injuriarum*, p. 40.

droits du propriétaire dans ses relations avec ses voisins est le point de vue économique, et les jurisconsultes romains s'en sont tenus à ce point de vue, même lorsqu'ils ont étendu ces droits au moyen des servitudes prédiales. Les servitudes sans intérêt économique sont juridiquement impossibles, quelle que soit la valeur qu'elles aient pour celui qui voudrait se les faire constituer. » C'est bien là en effet l'idée qui a dû être celle de ce peuple de paysans pratiques, dont il a fallu limiter expressément le droit pour éviter qu'il n'en abusât, et qui flétrit du nom de servitudes cette réglementation qu'on lui impose. C'est à cette considération qu'il faut rattacher cette règle que l'étendue de la servitude est limitée aux besoins du fonds dominant[1]. On décida par exemple, malgré l'opposition de Labéon, que le titulaire d'une servitude d'aqueduc ne peut prêter de l'eau à ses voisins[2]. S'il en prête, c'est qu'il en a trop, et par conséquent la servitude n'a pas pour lui une complète utilité.

Pourtant cet horizon s'est élargi ; d'autres intérêts que les intérêts économiques ont été pris en considération par la loi, et la condition de l'*utilitas* nécessaire pour l'existence des servitudes prédiales a changé de caractère. Les servitudes rurales et urbaines très anciennes avaient une incontestable utilité ; on peut même dire qu'elles étaient imposées par d'inéluctables nécessités. Bientôt vont apparaître des servitudes rurales qui ne sont pas absolument indispensables à l'exploitation agricole, mais que l'on admet *amænitatis causa*[3], parce qu'elles procurent un agré-

1. Destrais, *op. cit.*, p. 261. — Cuq, *Institutions*, t. II, p. 269.

2. *Dig.* VIII, 3, 5, § 24. Pomponius y adopte l'avis de Proculus, contraire à celui de Labéon.

3. *Dig.* XLIII, 20, 3 pr. — Comme exemples, *Dig.* VIII, 5, 8, § 1, *Dig.* VIII, 2, *lois*, 3, 12 et 15.

ment au propriétaire ; par exemple on peut stipuler une servitude de prise d'eau, quoique cette eau ne doive servir qu'à remplir des bassins destinés à l'ornementation du jardin. Les servitudes urbaines qui ne servent qu'au pur agrément sont également très nombreuses [1]. Un exemple curieux montre bien comment l'on arrive à reconnaître des droits pour la seule satisfaction du propriétaire. On peut stipuler d'un voisin le *jus altius non tollendi*, obligeant ce voisin à ne pas bâtir sur son fonds, servitude qui peut être dans certains cas absolument indispensable, par exemple si toutes les ouvertures d'une maison donnent directement sur le fonds voisin. On peut stipuler le *jus ne luminibus officiatur*, qui ne permet pas de priver le propriétaire de la maison de la vue du ciel, qui laisse un jour suffisant à la maison, mais qui n'empêche pas le voisin de bâtir. Enfin on peut stipuler le *jus ne prospectui officiatur*, obligeant le voisin à ne rien faire sur son fonds, pas même des plantations, qui puisse enlever la vue au propriétaire ; on veut par conséquent rendre le fonds dominant plus agréable pour son propriétaire. Il est infiniment probable que ces différentes servitudes se sont introduites dans cet ordre [2], et nous saisissons là sur le vif la création des servitudes de pur agrément [3].

Mais les notions d'*utilitas* et de *causa perpetua* n'ont pu être ébranlées au point de laisser passage à tous les droits. Ainsi les Romains n'ont jamais connu la servitude d'évier *neque enim perpetuam causam habet quod manu fit* [4], ni une servitude, *ut pomum decerpere liceat, ut spatiari, ut*

1. Ihering, *Actio injuriarum*, p. 4.
2. Girard, *Manuel*, p. 351, texte et note 4.
3. Ihering, *Esprit du droit romain*, t. IV, p. 330.
4. *Dig.* VIII, 2, 28.

cœnare in alieno possimus [1]. De tels intérêts ne valent pas que l'on porte atteinte pour les satisfaire au droit absolu du propriétaire [2].

A quelque point de développement qu'en soit arrivée la théorie des servitudes, on conserve donc toujours ce principe : il faut qu'elles présentent une *utilitas*. C'est un point qu'il faut quelque peu préciser.

La servitude doit présenter une utilité pour le fonds, et cette utilité doit être une utilité actuelle et continue, c'est-à-dire qu'elle doit se manifester par l'usage. Pour autoriser une restriction à la propriété, on exige que l'usage qui la motive soit bien certain, et l'on retrouve cette notion dans l'acquisition et l'extinction des servitudes : l'usage prolongé fait acquérir le droit; le non-usage le fait perdre.

1° *Acquisition des servitudes.* — D'après l'origine que nous avons assignée aux servitudes, l'usage de la chose joue un grand rôle, puisqu'on maintient après la division des terres les habitudes préexistantes ; l'usage suppose le droit et tient lieu de titre.

Même après la constitution de la propriété privée on continue à décider que l'usage de la chose peut faire acquérir un droit. En effet le droit est à cette époque, avons-nous dit, confondu avec son objet, la servitude consiste dans une copropriété de la chose ; on devait décider par suite qu'il peut y avoir *usucapio* des servitudes. Cette usucapion était soumise aux mêmes règles que celle de la propriété et s'accomplissait vraisemblablement par le délai très court de deux ans.

Une loi *Scribonia* de date ignorée [3] abolit l'usucapion

1. *Dig.* VIII, 1, 8 pr.
2. Ihering, *Actio injuriarum*, p. 38. — Girard, *Manuel*, p. 349, note 3.
3. Girard, *Manuel*, p. 364.

des servitudes [1]. Cette loi correspond évidemment à l'époque où la notion de droit immatériel se dégage. Le droit civil ne connaissant pas la possession des droits n'admet plus l'usucapion.

Mais bien vite le préteur vient sur ce point corriger le droit civil ; il décide que les servitudes peuvent s'acquérir par une possession prolongée [2]. On l'appelle *longa possessio, diuturnus usus, vetus usus ;* elle procède de cette idée que l'usage d'un droit, prouvant son incontestable nécessité, doit être reconnu par la loi.

Plus tard quand le préteur eût établi la *longi temporis præscriptio,* les jurisconsultes trouvant en matière de servitudes cette usucapion particulière essaient de la ramener à la commune mesure, et décident qu'elle s'accomplira par le délai de dix à vingt ans [3]. Mais ils n'ont pas réussi complètement à établir l'unité dans la théorie ; en effet on n'exige en matière de servitudes ni titre, ni bonne foi [4], on se contente d'une possession exempte des vices de précarité, de violence ou de clandestinité vis-à-vis du propriétaire dont le fonds est grevé par la servitude. Ces conditions particulières d'exercice, plus larges que celles exigées pour qu'il y ait *longi temporis præscriptio*, prouvent peut-être qu'il y a là non pas une création prétorienne, mais bien le maintien d'une institution préexistante.

On ne sait au juste si Justinien parvint à ramener l'unité.

1. Paul *Dig.* XLI, 3, 4, § 28. *Eam usucapionem sustulit lex Scribonia quæ servitutem constituebat.* — On a souvent invoqué le plaidoyer de Cicéron, *Pro Cæcina*, 26, 74 pour prouver que la *lex Scribonia* n'était pas encore rendue à cette époque.

2. *Dig.* VIII, 5, 10. — *Dig.* XLIII, 20, 3, § 4.— Cuq, *Institutions*, t. II, p 289.

3. Paul, *Sentences*, V, 5ᵃ, 8.

4. Girard, *Manuel*, p. 367. — Cuq, *Institutions*, t. II, p. 289. — Cf. Accarias, t. I, p. 649 qui exige la bonne foi.

C'est peu probable [1]. Des textes nombreux montrent que l'on maintenait les droits établis par un long usage, notamment les droits sur les eaux ; une loi relative à l'aqueduc, parle d'un droit *cujus origo memoriam excesserit* [2]. Il est probable que, si l'on a maintenu ces textes, c'est qu'on reconnaissait encore tout au moins dans certains cas une *longa consuetudo* soumise à des règles particulières.

Il y a dans cette facilité de la loi à admettre la prescription acquisitive des servitudes un fait digne de remarque.

2° *Extinction des servitudes.* — Dès que la servitude ne présente plus d'utilité elle doit s'éteindre. Le non-usage pendant deux ans suffit à la faire disparaître, même si ce non-usage est forcé. Par exemple une source qui alimentait un aqueduc tarit, la servitude est éteinte [3] ; si plus tard la source coule de nouveau, il faut pour exercer la servitude d'aqueduc demander une *restitutio* à l'empereur ; c'est donc bien que le droit est éteint, et l'on ne peut supposer une renonciation du titulaire puisque le non-usage est forcé. Si l'on décide qu'on ne peut plus exercer de nouveau le droit, c'est que le non-usage a prouvé qu'il n'était pas indispensable, et il y a un esprit d'hostilité contre les servitudes. On ne tient pas à leur maintien [4].

De même et pour la même raison si l'on exerce la servitude d'une autre manière, si par exemple on a puisé de l'eau le jour alors qu'on n'y avait droit que la nuit, la servitude est également éteinte [5].

1. Ortolan, *Explication historique des Institutes de Justinien*, t. I, p. 424.
2. Ortolan, *ibid.*, t. I, p. 424.
3. Javolenus, *Dig.* VIII, 6, 14 pr. — Cuq, *Institutions*, t. II, p. 292.
4. Comparez l'explication donnée par M. Cuq, *Institutions*, t. I, p. 274.
5. Cuq, *Institutions*, t. II, p. 292.

Remarquons que le *non usus* suffit pour éteindre les servitudes rurales qui sont les plus anciennes [1], tandis que pour les servitudes urbaines plus récentes il faut une *usucapio libertatis* [2]. Or, si l'on constitue une servitude rurale au profit d'un fonds urbain, on exige l'*usucapio libertatis* [3]. Cela se comprend ; en effet on ne dut pas admettre de très bonne heure comme possible une telle constitution de droits ; à l'époque où on reconnut cette possibilité, la règle sur le *non usus* des servitudes est déjà fortement ébranlée. La solution de ce cas particulier nous montre donc bien l'ancienneté de la règle.

Dans le droit postérieur, on ne la comprend plus du tout ; on ne peut comprendre que le non-usage puisse faire perdre un droit acquis, alors que la propriété ne se perd pas de cette manière. On imagine alors une autre explication, et on décide que pour libérer l'immeuble il faut une *præscriptio* de dix à vingt ans [4].

On le voit, la notion de l'usage domine toute la théorie des servitudes. Elle préside à leur acquisition et à leur extinction. Ce n'est pas à Rome la répétition banale de la règle générale : tout droit suppose un intérêt. Non, car cet intérêt doit être d'une nature toute spéciale, c'est l'utilité que le droit présente pour le propriétaire du fonds, utilité qui doit être incontestable, prouvée par l'usage, et sans laquelle aucun droit ne saurait subsister.

1. Paul, *Sentences*, I, 17.

2. Gaius, *Dig.* VIII, 2, 6. — Cf. Accarias, *Précis*, t. I, n° 272. — Girard, *Manuel*, p. 369.

3. *Contrà* Girard, p. 369, qui reconnaît pourtant que notre opinion est plus conforme au texte. M. Girard explique la règle en disant que les servitudes rurales sont le plus souvent positives ; les servitudes urbaines, négatives.

4. Accarias, *Précis*, t. I, n° 272. — Girard, *Manuel*, p. 369. — Ortolan, *Explication historique des Institutes*, t. I, p. 248.

V

Restent à régler les conflits que les dispositions légales ou les conventions privées n'ont pu empêcher. Remarquons d'abord qu'ils seront très rares, surtout dans les temps reculés. L'isolement des propriétés rend les rapports difficiles ; l'absence de mitoyenneté dans les villes, la similitude d'exploitation dans les champs, rend les discussions peu nombreuses. En fait par conséquent la question n'a pas une grande importance.

Quelle en est la solution juridique? De même que chacun se renfermait matériellement dans sa propriété, de même, comme on l'a très bien dit[1], « chacun vivait isolé dans ses droits et dans ses obligations ». Le propriétaire a un droit absolu, il ne peut être inquiété dans l'exercice de ce droit ; voilà l'idée qui se développe à Rome, à mesure que le droit se dégage de la coutume primitive et que la propriété se débarrasse des vestiges de l'ancienne communauté, principe rigoureux sans doute, mais aussi bien tempéré par les mœurs.

On ne devait pas supporter en pratique un exercice abusif du droit, et le censeur est là pour rappeler à l'équité le propriétaire qui se montrerait intransigeant. C'est une institution des plus curieuses, et dont nous avons peine à concevoir aujourd'hui l'importance, que la censure romaine. Il y a là pour la société romaine un véritable pouvoir moral, contrebalançant l'individualisme rigoureux du droit et tempérant la justice stricte du droit quiritaire. Il ne faut jamais perdre de vue l'existence de

1. Lévy, *Responsabilité et contrat. Revue critique*, 1899, p. 362.

cette garantie morale quand on étudie cet ancien droit dont le *summun jus* semble être parfois une *summa injuria*. Comme Ihering l'a montré avec beaucoup d'ingéniosité [1], c'est justement, lorsque le pouvoir du censeur perd son importance primitive, lorsque son autorité civile disparaît, et son autorité morale se réduit à de simples conseils peu écoutés, que nous voyons le droit quiritaire s'humaniser ; le préteur prend au nom du droit les pouvoirs moraux qui avaient échappé au censeur ; il corrige, réforme, adoucit et complète le droit quiritaire. Cette décadence du pouvoir censorial se manifesta de bonne heure. Chose à retenir pour notre sujet, elle a lieu juste au moment où la notion de la propriété, droit absolu, s'affirme et se développe ; d'où nous pouvons conclure que la propriété autrefois restreinte dans de justes limites par l'influence du censeur échappait à sa tutelle, et tendait à s'épanouir dans sa plénitude absolue.

Dans toutes les sociétés nous retrouvons le même phénomène. Le développement de la civilisation entraîne une double conséquence : 1° complexité des rapports sociaux, et par suite causes fréquentes de conflits ; 2° émancipation du propriétaire, tendance à l'individualisme, et par suite absence de pouvoir moral ou social pouvant trancher les conflits soulevés. Toute la difficulté du problème provient de cet antagonisme.

A Rome, le préteur, se trouvant en présence de cette situation, a employé un de ses procédés favoris ; il a créé des délits ; en faisant tel ou tel acte le propriétaire commet un délit. Le préteur considère que la responsabilité dérive du délit ; « alors seulement, dit M. Lévy, se formait

1. Ihering, *Esprit du droit romain* et *Zweck im Recht*, Trad. de Meulenaëre. *L'évolution du droit*. Paris, 1901.

un rapport qui était un rapport de lutte[1] » ; et comme tous les délits sont définis, prévus et décrits, la seule question que l'on puisse se poser est la suivante : en usant de sa chose de telle ou telle façon, le propriétaire a-t-il commis un délit? Si la réponse est négative, il ne saurait être tenu à rien ; car le principe, c'est la liberté absolue dans l'exercice du droit.

Quels sont donc les délits qu'un propriétaire peut commettre? Un texte de Javolenus[2] prévoit le cas suivant. Un propriétaire jette des ordures sur le toit de son voisin placé en contrebas ; celui-ci se venge en l'asphyxiant de fumée (*fumigandi causa fumum facere*). On ne saurait donner à aucun des deux l'*actio negatoria,* puisqu'il n'y a d'aucun côté de droit invoqué, et qu'on n'aurait jamais pu stipuler un pareil droit à titre de servitude (il n'y a ni *utilitas* ni *causa perpetua*). Aussi Aristo n'a-t-il pas pu décider que l'on pouvait dans ce cas accorder l'*actio negatoria,* comme on a voulu le soutenir[3]. Faudra-t-il donc supporter la fumée du voisin ? C'est l'avis de Labeo. Javolenus nous indique que son opinion n'avait pas été adoptée ; et quant à lui, voyant dans ce fait une *injuria,* il donnerait l'*actio injuriarum* : en effet il y a *injuria,* lorsque connaissant l'injustice de son acte, on ne l'en accomplit pas moins[4]; or celui qui, sans utilité pour lui-même, produit une fumée asphyxiant le voisin, commet

1. Lévy, *Responsabilité et contrat. Revue critique*, 1899, p. 362.
2. *Dig.* XLVII. 10, 44.
3. Pernice, *Labeo*, t. II, p. 9.
4. Il faut remarquer ici combien la notion juridique correspond à un principe de morale. C'est la définition de l'acte contraire à la morale qui devient définition d'un délit de droit privé. Cela montre bien, je crois, comment l'influence du censeur s'est fait sentir sur la législation prétorienne ; il y a eu transformation d'une règle de conduite en un principe juridique.

une *injuria*[1]. Remarquons d'ailleurs que c'est là une extension postérieure de l'*actio injuriarum* primitive, ce que nous indique la date relativement récente d'un pareil recours[2]. Quoi qu'il en soit de l'époque où cette action commence à être donnée, à partir de ce moment toute atteinte au droit du voisin, inspirée par le désir de nuire, est réprimée; nous avons une application de cette maxime à la fois morale et juridique : *Malitiis non est indulgendum.*

La portée de l'*actio injuriarum* est par cela même très limitée. N'y a-t-il donc aucun autre moyen de droit pour obtenir réparation du dommage causé? Aucun en principe. Ainsi je laisse ma maison dans un état de délabrement qui en amènera la ruine; elle finit par s'écrouler, tombe sur le fonds voisin et y détruit des constructions. Le voisin n'a qu'un droit : celui de retenir les matériaux tombés sur son fonds, matériaux qui n'ont qu'une valeur infime par rapport au préjudice éprouvé[3]. Il n'a aucune action contre moi, parce que j'étais libre de laisser ma maison s'écrouler. On ne saurait pousser plus loin l'insolence du droit. Ici encore le préteur a dû intervenir. Il s'est servi d'un subterfuge pour créer une action au profit du lésé. Quand une maison menace ruine, on peut forcer le propriétaire à venir devant le magistrat promettre réparation du préjudice que la chute du bâtiment pourra causer; il donnera la *cautio damni infecti;* il y a là une stipula-

1. Ihering, *Actio injuriarum*, p. 37 et s.

2. Girard, *Manuel*, p. 392.

3. Cette règle très ancienne pourrait bien être la survivance partielle d'un principe très général, d'après lequel chacun en cas de dommage éprouvé, pourrait exercer sa vengeance contre la chose qui l'a causé. Il y aurait donc une noxalité pour les immeubles comme pour les esclaves et les animaux. Ce serait une question très intéressante à étudier, et qui mènerait à de curieuses constatations sur le système primitif de la responsabilité.

tion prétorienne, et c'est de ce contrat entre les parties que naîtra plus tard l'action en réparation. Si le propriétaire refuse de se rendre devant le magistrat, celui-ci l'y contraindra par voie d'autorité, en prononçant à défaut en vertu de son *imperium* la *missio in possessionem* au profit du voisin[1]. Mais la nature même du moyen employé par le préteur prouve bien le point extrême auquel conduirait la rigueur des principes du droit quiritaire, et l'absolutisme du droit de propriété.

Il faut enfin citer pour être complet deux délits prétoriens, qui, pour ne pas être spéciaux aux rapports entre voisins, n'en devaient pas moins avoir dans ce cas une utilité toute spéciale. L'*actio de effusis et dejectis* est donnée contre celui qui, en jetant quelque chose de son appartement, détruit un objet, ou blesse un animal appartenant à autrui[2] ; et si quelqu'un dispose quelque chose dans son appartement de manière à ce que cet objet puisse tomber à l'extérieur, il s'expose à l'*actio de positis et suspensis,* qui entraîne pour lui une amende de dix mille sesterces[3]. Ces deux actions sont des actions populaires ; cela nous indique qu'il ne s'agit pas spécialement de régler les rapports entre propriétés voisines, et que ce sont des règles motivées par un intérêt de police. Mais à Rome, où aucune disposition légale ne défend d'avoir des fenêtres sur le fonds voisin, il y avait là évidemment deux actions très utiles aux propriétaires.

C'est tout ce que nous rencontrons en droit privé. En dehors de ces cas spéciaux, dont les règles ne peuvent être

1. Gaius, *Dig.* XXXIX, 2, 4, § 3. — *Inst.* II, 1, 4. — Girard, *Manuel*, p. 249, p. 1019.
2. *Dig.* IX, 3, 1 pr.
3. *Dig.* IX, 3, 5, § 6.

étendues, le propriétaire peut faire sur son fonds tout ce qu'il lui plaît, *jus esse in suo ignem facere, aut sedere, aut lavare* [1] ; il est maître absolu, *dominus*, à condition bien entendu qu'il se conforme aux mesures prises dans l'intérêt général, qui sont à Rome assez nombreuses, et dont nous n'avons pas à nous occuper [2].

On laisse aux parties le soin de solutionner elles-mêmes les questions embarrassantes. Quand elles prévoient un conflit et qu'elles veulent régler l'exercice concurrent et pacifique de leurs droits, elles recourent à une convention sanctionnée par une *stipulatio pœnæ*. Il s'est élevé une controverse célèbre sur le point de savoir si les servitudes pouvaient être constituées à Rome *pactis et stipulationibus* [3] ; nous n'avons pas à entrer dans cette discussion ; mais il nous faut remarquer que cette controverse a peut-être été quelque peu obscurcie, parce qu'on n'a pas pris garde qu'il pouvait y avoir entre propriétaires voisins des conventions réglant l'exercice du droit de propriété, mais n'établissant aucune servitude, soit parce qu'on ne rencontrait pas les conditions nécessaires pour l'existence d'une servitude [4], soit parce qu'on veut seulement régler un conflit temporaire. Sans doute ces conventions ne sont obligatoires qu'entre les parties ayant concouru à leur formation ; mais la perpétuité n'est pas toujours nécessaire, surtout quand on prévoit que le conflit ne sera pas de longue durée.

1. *Dig.* VIII, 5, 8, § 6.
2. Voy. Cuq, *Institutions*, t. II, p. 192, 193.
3. Girard, *Manuel*, p. 365 et notes.
4. Par exemple on cite quelquefois la loi 33, § 1, *Dig.* VIII, 3. Cette loi prévoit une convention de prise d'eau sur un aqueduc. Il ne peut pas y avoir servitude, parce que le droit n'aurait pas une *causa perpetua* et aussi parce que ce serait une *servitus servitutis*. De même la loi 13, § 1, *Dig.* VIII, 4, prescrit une défense de pêcher dans la mer en face d'une propriété. Il ne peut y avoir servitude parce que la mer est au nombre des *res publicæ*.

Il devait enfin y avoir dans chaque province et dans chaque ville des usages locaux, que l'on ne violait pas parce qu'il était de l'intérêt de tous de les respecter, et aussi et surtout parce que les magistrats municipaux devaient les faire respecter. N'oublions pas en effet que le magistrat à l'*imperium*, par conséquent le droit d'ordonner les mesures qu'il juge utiles, ce que l'on appellerait aujourd'hui prendre des mesures de police. Il peut par ce moyen encore, réglant l'exercice des droits en s'inspirant des usages établis, réprimer des troubles apportés dans l'état de choses existant.

Mais enfin, toutes ces restrictions faites, nous ne nous en trouvons pas moins finalement en face de la question que nous nous étions posée, et qui devient il est vrai beaucoup plus théorique que pratique : quels sont les droits du propriétaire ? On dit bien, et nous avons dit nous-même, ils sont absolus en principe. Mais en réalité aucun droit ne saurait être absolu dans une société civilisée, et s'il y a absolutisme en intensité, il doit y avoir forcément limitation en étendue. Dira-t-on alors : les droits du propriétaire sont absolus à l'intérieur des limites géométriques de son fonds ? On l'a soutenu, et on a bâti en s'appuyant sur certains textes une théorie dite de l'*immissio corporalis ;* un propriétaire pourrait faire chez lui tout ce qu'il voudrait, à la condition qu'aucun de ses actes, soit en lui-même, soit dans ses conséquences, ne dépassât les limites de son fonds : *in suo enim alii hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat* [1]. Nous retrouverons plus loin cette théorie parce qu'elle a été soutenue en Allemagne vers le milieu du siècle dernier,

1. Ulpien, *Dig.* VIII, 5, 8, § 5.

et qu'à ce titre elle appartient beaucoup plus au droit moderne qu'au droit romain, où aucun auteur ne l'a jamais enseignée. On peut la réfuter d'un mot en disant qu'elle est inapplicable. Mais alors pourquoi ce texte d'Ulpien que nous avons détaché et qui semble bien poser une règle générale. En voici l'explication. Ulpien, dans le texte rapporté au Digeste, étudie plusieurs cas de dommage causés par le propriétaire d'un fonds aux fonds voisins. Il suppose qu'une fabrique de fromages, *taberna casearia,* répand de la fumée dans la maison voisine, qu'un fonds déverse ses eaux sur le fonds limitrophe, qu'un tailleur de pierres envoie des fragments de pierre sur l'immeuble contigu, et il se demande si on peut agir contre eux. Il remarque ces individus auraient pu constituer à leur profit une servitude, ce qui est douteux, mais ce qui nous prouve bien que pour les jurisconsultes romains, la constitution de servitudes est le moyen souverain de régler les conflits entre voisins. Mais il n'y a pas eu en fait servitude constituée. Sera-t-on obligé de supporter ces actes du voisin? Non, dit Ulpien, puisqu'il n'y a pas servitude, on pourra agir. Par quelle action ? C'est probablement à l'*actio negatoria* qu'Ulpien fait allusion ; se plaçant au point de vue du lésé, il tourne la difficulté. Son raisonnement est le suivant : le propriétaire a un droit absolu à ne souffrir aucune intrusion, aucune *immissio*, la sanction du droit est l'*actio negatoria*. Ulpien déclare qu'on lui donnera cette action. Il ne se préoccupe nullement du droit que pourrait invoquer l'auteur du dommage ; la question serait devenue embarrassante. En fait il est juste que l'on ne soit pas exposé à recevoir chez soi cette fumée, cette eau, ces éclats de pierre ; on pourra agir.

Mais n'essayons pas de généraliser la règle ; ne disons pas : on a le droit de ne souffrir chez soi aucune fumée, pas même celle provenant du feu qui brûle dans la cheminée du voisin, parce que nous voyons Ulpien retourner sa règle avec une admirable ingéniosité ; *jus esse in suo iguem facere,* déclare-t-il au paragraphe suivant, quand il s'occupe de la fumée *non gravis* ; il se place maintenant au point de vue du propriétaire qui cause le dommage ; ce propriétaire fait du feu, mais c'est son droit, et son droit absolu : *Neminem lædit qui suo jure utitur.*

Il n'y a donc là, on le voit, que des solutions d'espèces, qu'il faut se garder de généraliser si l'on ne veut pas tomber dans une inapplicabilité pratique absolue. Les jurisconsultes romains ont très bien vu qu'il y a des actes qu'il faut empêcher, parce qu'ils entravent le droit du voisin, d'autres au contraire qui peuvent se tolérer parce qu'ils sont fréquents et habituels. Dans le premier cas ils donnent l'*actio negatoria ;* dans le second, ils la refusent. N'en déduisons aucun système. Cinq ou six cas expressément énumérés, c'est tout ce que nous rencontrons ; toute généralisation conduit à des solutions erronées, et il est très vraisemblable que l'on ne comprit pas toute la difficulté théorique de la question, justement parce qu'elle ne présentait pas une bien réelle importance pratique.

Résumons en quelques mots la conception romaine. Le droit de propriété sort de la conception primitive purement matérielle pour arriver à un caractère spiritualiste. Les Romains donnent à ce droit ainsi développé les caractères de leur race : individualiste et dominateur tel est le paysan romain ; absolue et illimitée telle sera, tout au moins théoriquement, la propriété quiritaire. La propriété s'émancipe de toute influence sociale, en même temps que

l'individu sort la tutelle primitive. Sans doute des restrictions à ce droit absolu, mais ce sont des servitudes qui pèsent sur une terre esclave. Sans doute une responsabilité pouvant dans certains cas incomber au propriétaire, mais seulement quand il a commis un délit. En dehors de ces cas, fier et libre, le paysan romain est maître absolu dans les limites de son champ, et son *vicinus* n'est pas son allié, mais son ennemi naturel.

C'est là la conception théorique qui a nécessairement une très puissante influence sur la législation, mais qui peut différer grandement de la pratique. En pratique nous voyons la propriété isolée, les rapports réduits au minimum, les conventions privées intervenant fréquemment, quelques règles d'équité voilées sous la forme d'actions données ou refusées. Tous les conflits sont ainsi ou prévenus ou résolus. Les conflits vraiment sérieux, les causes de dommages énormes pour la propriété n'existent pas encore ; il n'y a que des discussions de voisinage faciles à prévoir, et ce sont toujours les solutions individuelles qui prévalent.

Le peuple romain avait ainsi inconsciemment et merveilleusement trouvé la conception de la propriété qui répondait le mieux à son génie et à l'état de sa civilisation. C'est tout le caractère de la race que nous retrouvons dans la conception de la domination sur le sol.

Pourquoi faut-il constater avec regret que de telles règles faites pour la société romaine auraient dû rester exclusivement romaines, et qu'en les transplantant ailleurs on a été forcé de les dénaturer, cependant que malgré tout elles ne faisaient qu'entraver la découverte d'une solution ardemment cherchée d'une question transformée par un état social entièrement nouveau.

CHAPITRE III

L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS

Si nous passons de la législation romaine aux coutumes de l'ancienne France, nous voyons l'unité et la clarté faire place à la plus grande diversité et aux conceptions les plus confuses. Nous sommes en effet dans une civilisation bien différente de la civilisation romaine, où les besoins sociaux ne sont plus les mêmes, où nécessairement par suite les institutions seront différentes.

Sans doute les relations entre propriétaires voisins se ressentiront moins que d'autres rapports de la transformation de la société. Car en fait dans notre ancienne France comme à Rome le mode d'utilisation du sol reste semblable à ce qu'il était primitivement ; l'exploitation des fonds est toujours agricole ; les procédés de culture ont peu varié ; l'industrie en est toujours au même état rudimentaire ; et c'est à peine si dans les agglomérations plus importantes qui se forment, on commence à sentir la nécessité d'une réglementation spéciale en cette matière. Donc, et c'est un point qu'il est nécessaire de bien mettre en relief, *en fait* les rapports entre voisins seront prévus et réglés facilement ; ces rapports ne diffèrent pas beaucoup de ceux qui pouvaient exister à Rome ; un dévelop-

pement plus complet, une application plus étendue des textes romains pourra pourvoir à toutes les nécessités.

Mais d'un autre côté le problème touche à l'organisation civile de la propriété, puisqu'il s'agit de savoir quels sont les droits du propriétaire sur sa chose. Ici au contraire nous sommes bien loin du droit romain. La propriété subit forcément et nécessairement, plus que toute autre institution peut-être, l'empreinte profonde du génie de la race et du développement de la civilisation ; elle reflète la conception des droits et des obligations de l'individu envers la société, de telle sorte que, par l'étude de l'étendue de ce droit, on pourrait presque faire surgir et revivre toutes les idées juridiques et sociales d'une époque.

Nous allons assister dans notre ancien droit à ce qu'on pourrait appeler l'émancipation de la propriété ; et ce développement, qui est terminé à Rome à l'époque de la loi des XII Tables, ne le sera en France que sous la Révolution. C'est à ce moment-là seulement, que définitivement débarrassée de toute entrave, la propriété pourra s'affirmer comme droit illimité et absolu.

On comprend dès lors combien d'une façon générale il serait intéressant de pouvoir retracer l'histoire de la propriété foncière pendant tout notre ancien droit. Nous ne pouvons entreprendre une pareille tâche qui dépasserait le cadre de notre sujet ; nous trouverions d'ailleurs dans cette histoire fort peu de choses sur la question spéciale qui nous occupe. On est frappé en lisant les anciens jurisconsultes de la place minime que tient dans leurs œuvres l'étude des rapports entre voisins, et nous avons pu récolter bien peu de renseignements intéressants. Peut-on les accuser d'avoir négligé la question, et n'est-il pas plus juste de dire que s'ils ne l'ont pas traitée c'est

qu'elle n avait pas à leurs yeux l'importance que nous lui attribuons aujourd'hui.

Nous nous bornerons par conséquent à signaler les influences particulières que la réglementation des rapports de voisinage a subies. Elles sont le plus souvent assez secondaires. M. Chenon, étudiant l'histoire des démembrements de la propriété dans l'ancien droit, écrit en parlant des servitudes : « Nous retrouverons ce dernier type dans notre droit actuel. C'est le plus ancien puisqu'il vient du droit romain ; c'est aussi le plus persistant. Il a traversé le moyen âge à peu près intact, sans trop souffrir des changements politiques et des variations de législation ; aussi offre-t-il peu d'intérêt au point de vue historique [1]. » Nous souscrivons à cette appréciation sous une réserve : il n'est pas absolument exact qu'il y ait eu une pure transplantation du droit romain. La réglementation a nécessairement existé à toutes les époques ; elle était organisée en France bien avant que l'influence romaine se soit fait sentir. Mais il est indéniable que le droit romain ait eu une grande influence sur cette organisation. C'est justement l'effet de cette influence nouvelle sur le droit antérieur qu'il est intéressant d'étudier.

SECTION I

L'INFLUENCE ROMAINE

L'œuvre législative de Justinien eût très peu d'influence en Occident jusqu'au XII[e] siècle, et ce n'est en France que

1. Chenon, *Les démembrements de la propriété foncière avant et après la Révolution*. Thèse de Paris, 1881, p. 26.

lors de la seconde renaissance du droit romain, c'est-à-dire au XVI^e^ siècle, qu'elle commence à avoir une action sérieuse. D'autre part le droit classique est connu bien auparavant, et les lois barbares en contiennent des résumés. Pourtant sur notre question le droit romain eût assez peu d'action. Ainsi Beaumanoir, qui meurt en 1296, connaît même l'œuvre de Justinien, et pourtant nous ne trouvons dans ses *Coutumes de Beauvoisis* aucune trace de la théorie romaine des servitudes. Il n'emploie même pas l'expression, et se sert du mot plus vague d'*usages*[1].

Moins de deux siècles plus tard, les livres de doctrine s'inspireront au contraire fortement du droit romain[2], et déjà dans le *Grand Coutumier de France*, qui date de la fin du XIV^e^ siècle, nous avons une classification rationnelle des servitudes. Jacques d'Ableiges divise en effet les différents services en services de personne à personne, ce sont les prestations féodales ; de personne à chose, ce sont les servitudes personnelles du Code civil ; et de chose à chose, ce sont les servitudes réelles[3]. On reconnaît clairement dans les deux dernières sections l'influence très marquée de la division romaine, *usus et ususfructus* d'une part, *jura prædiorum* d'autre part.

Depuis cette époque la distinction devient classique, et suivant l'habitude des anciens jurisconsultes on forge bien souvent des expressions qui n'ont jamais été employées par les jurisconsultes romains, et qu'on leur attribue généreusement. C'est ainsi que nous trouvons dans les *Institutes* l'expression *servitutes prædiorum;*

1. Beaumanoir, *Coutumes de Beauvoisis*, chap. 24, n^os^ 15 et 31, t. I, p. 346 à 355. On rencontre chez d'autres jurisconsultes les expressions *leges et conditiones agrorum.*

2. Glasson, *Hist. des Institutions politiques,* t. VII, p. 314.

3. *Grand Coutumier*, liv. III, chap. 6, Ed. Dareste et Laboulaye, p. 196.

pour bien marquer l'antithèse nos anciens auteurs forgent l'expression de *servitutes personarum*, qu'ils opposent à la première et qui englobe une série de droits nominativement énumérés par Justinien.

De même encore se trouvant en présence d'institutions féodales que les Romains n'avaient jamais connues, ils cherchent dans la langue latine l'expression qui convient le mieux à l'institution ; ils s'arrêtent au mot *servitus* et voilà une troisième division de servitudes trouvée. Ils réservent le terme des servitudes personnelles aux services féodaux, et ils qualifient les autres de servitudes de personne à chose comme le Grand Coutumier [1] ou de servitudes mixtes [2].

Ils sont même allés très loin dans cette voie et ils ont appliqué à tout le système féodal la terminologie romaine. Il y avait là tout à la fois un avantage de classification juridique et une légitimation toute trouvée d'institutions purement nationales, qui apparaissent ainsi comme revêtues d'un prestige d'antiquité et consacrées par ce droit que l'on considérait comme la raison écrite. C'est ainsi que Cujas qualifie le fief *jus in prædio alieno* [3], et Dumoulin *servitus quædam aut quasi servitus* [4]. On parle des rapports entre fief dominant et fief servant [5], et bien plus tard Montesquieu traitant dans son *Esprit des Lois* du régime féodal intitulera ce chapitre : Des Servitudes [6].

1. *Grand Coutumier*, liv. II, chap. 6, Ed. Dareste et Laboulaye, p. 196.
2. Merlin, *Répertoire de jurisprudence*. V° *Servitude*, § 4.
3. Cujas, *De Feudis* dans ses *Opera priora*, II, p. 593.
4. Dumoulin, *Des Fiefs*, § 1, gl. 5, n° 1.
5. Pothier, *Coutume d'Orléans*, tit. I. *Des Fiefs*, n° 2. — Ed. Bugnet t. I. — Voy. Beudant, *La transformation juridique de la propriété foncière dans le droit intermédiaire*. Thèse, Paris, 1889, p. 133.
6. Montesquieu, *Esprit des Lois*, liv. XXX, chap. 10.

C'est même très probablement quand on a senti le besoin d'un vocable latin pour désigner les services féodaux que l'on a introduit dans notre langue juridique, l'expression romaine de servitudes, étendue ensuite à tous les droits que font naître les rapports de voisinage. Remarquons qu'on a suivi assez exactement la classification romaine ; en effet certaines restrictions légales de la propriété n'étaient pas comprises en droit romain dans la théorie des servitudes, et la majorité des auteurs dans notre ancien droit les en exclue aussi.

Le droit de propriété fut soumis à la même analyse juridique. La classification des droits fut très longtemps incertaine. Ni Beaumanoir[1], ni Jacques d'Ableiges[2], ne semblent connaître la distinction des droits réels et des droits de créance, et les institutions d'origine et de nature très diverses qui régnent alors contribuent bien peu à la clarté des classifications. Puis avec l'influence romaine l'idée spiritualiste du droit pénètre dans la doctrine, et les auteurs emploient pour désigner le droit de propriété les expressions romaines, *proprietas, dominium*. Pothier même par une singulière confusion intitule son traité : *Du droit de domaine de propriété*.

Sans doute il y a toujours des conceptions absolument étrangères au droit romain, et notamment l'organisation si curieuse du domaine éminent et du domaine utile. Mais, tout au moins en un certain sens, ces institutions même viennent corroborer les définitions romaines. On sait que la fusion de la propriété et de la souveraineté est

1. Beaumanoir, *Coutumes de Beauvoisis*, VI, 32, distinguant les demandes mobilières et immobilières les qualifie de réelles et personnelles.

2. *Grand Coutumier*, II, 10, Ed. Dareste, p. 202 et II, 5, *ibid.* p. 195 où il qualifie la propriété de *jus in re*, l'usufruit de *jus ad rem*.

un des traits caractéristiques du régime féodal[1]. N'est-il pas vrai que cette fusion devait donner une singulière force aux définitions des jurisconsultes, qui voient dans le propriétaire une sorte de souverain. Aussi arrive-t-on à dire que le droit de propriété est le droit absolu de se servir d'une chose comme bon vous semble, et on forge cette définition qui n'a jamais été formulée en droit romain, *jus utendi, fruendi et abutendi*[2].

Ainsi donc l'influence romaine a été très grande sur les jurisconsultes. Les traités publiés reproduisent en grande partie les règles et les divisions romaines. Que l'on prenne le traité de Cœpolla[3], ou celui de Lalaure[4] ce sont toujours les mêmes idées qui y sont commentées, et quand on lit Pothier ou Domat, on croit relire, sauf quelques erreurs dont eux ou leurs devanciers sont responsables, les lois romaines.

C'est un point qu'il était nécessaire de constater, parce qu'il nous permet de comprendre la filiation romaine du Code civil. C'est au Digeste et au Code, par l'intermédiaire de Pothier et de Domat, qu'il faut remonter pour retrouver la rédaction première d'un grand nombre d'articles du Code Napoléon ; c'est ce qui fait la valeur de leur impeccable rédaction, mais aussi c'est cette ancienneté même

1. Guizot, *Histoire de la civilisation en France*, 9e éd. Paris, Didier, 1864, t. III, p. 54 et s.

2. Voy. sur l'erreur qui attribue cette définition aux jurisconsultes romains Cuq, *Institutions*, t. I, p. 75, note 1. Aucun texte romain ne nous est parvenu reproduisant cette définition, et il y a une raison décisive pour la rejeter, c'est que le mot *abuti* en latin ne veut pas dire abuser, mais consommer une chose par l'usage. Cf. Ulpien, *Dig.* VII, 5, 5, § 1.

3. Bartholomæi Cœpollæ, *Tractatus de servitutibus tam urbanorum quam rusticorum prædiorum. Coloniæ Allobrogum*, 1759, in-4°. L'ouvrage est écrit entièrement en latin.

4. Lalaure, *Traité des servitudes réelles.* Paris, 1761, in-4°.

qui peut être la condamnation des principes qu'ils contiennent.

SECTION II

L'INFLUENCE GERMANIQUE

L'influence romaine n'a pas régné sans partage dans notre ancien droit. Il était impossible que l'état de choses primitif disparût sans laisser aucune trace, et si les termes des jurisconsultes sont toujours empruntés aux textes romains, nous voyons bien souvent entre deux passages extraits d'auteurs romains le commentaire d'une institution purement nationale. Dans le cadre des compilations de Justinien on a fait rentrer un peu pêle-mêle une infinité de droits aux origines les plus diverses et aux utilités les plus différentes. « Le droit romain, dit M. Brocher, n'est pour les temps modernes qu'un cadre, ou si on le préfère un système de vaisseaux artériels qui contiennent le sang mais qui se sont transformés. On adopte les théories romaines, mais les exigences de la pratique, les habitudes d'esprit des populations se rejettent sur les coutumes germaniques [1]. »

Il ne faudrait donc pas se fier uniquement aux ouvrages écrits pendant le XVIII[e] siècle pour affirmer trop vite que la propriété foncière dans notre ancien droit était conçue sur le modèle de la propriété quiritaire et qu'il n'y avait rien de changé dans son organisation. C'est contre cette affir-

1. Brocher, *Esquisse d'une histoire de la propriété foncière. Revue générale du droit*, 1896, p. 411.

mation que s'élevait tout récemment M. Saleilles[1] : « Il ne faudrait pas, disait-il, se représenter la propriété coutumière de l'ancien droit comme ce droit absolu correspondant au *dominium* romain, dont il suffit pour en donner la définition, et en trouver le contenu, de dire qu'il comprend toutes les facultés que l'on puisse exercer à l'égard d'une chose, à l'exception seulement de celles qui auraient été supprimées par la loi, et à l'exception par conséquent des charges qui lui sont imposées à titre de servitudes légales. La propriété coutumière ne s'est jamais complètement dégagée de la communauté primitive. A l'individualisation absolue, qui fut la caractérisque du système romain, on avait substitué[2] la socialisation de la terre, et il était difficile de définir le contenu de la propriété par l'expression absolue du droit romain. La propriété coutumière était un droit relatif comme tous les droits sociaux ne contenant que les facultés reconnues par l'usage, donc limitée dans son étendue et dans son exercice. »

Il faut par conséquent accepter sous réserve les définitions données par les auteurs et ne pas croire qu'ils expriment la notion courante de la propriété. Sans doute la propriété individuelle se dégage de toutes les influences de la communauté primitive, mais elle ne s'en dégage que peu à peu. Les servitudes prennent bien le caractère de restrictions du droit individuel. Mais certains droits n'en subsistent pas moins avec leur caractère originaire, et cette persistance de leur originalité leur donne une physio-

1. Saleilles, *Note au Sirey*, 1899.2.25.

2. Il faut dire plutôt qu'au système de socialisation de la terre qui est chez tous les peuples le système primitif, le droit romain avait substitué le système d'individualisation.

nomie très curieuse.Nous en donnons quelques exemples.

Parcours et vaine pâture. — M. Saleilles faisait la remarque que nous avons citée à propos du droit de parcours et de vaine pâture. C'est peut-être celui qui montre le mieux en effet comment les droits primitifs de la communauté se conservaient, cependant qu'un système complet de propriété individuelle s'organisait très fortement[1].

Autrefois la vaine pâture existait sur toutes les terres après la récolte ; c'était un usage, peut-être même une nécessité de l'époque primitive, nul ne songeait à y voir une atteinte portée à son droit ; on supportait chez soi les troupeaux des autres, de même que les voisins supportaient les vôtres.

Bientôt les propriétaires s'alarment du droit ainsi reconnu. Les conditions sociales changent, les cultures varient ; elles ne se font plus toutes aux mêmes époques; elles craignent plus ou moins l'invasion du bétail. L'exploitation rurale se diversifie ; tel propriétaire a des troupeaux, tel autre n'en a pas, ne désire pas en avoir, et ne veut pas supporter une obligation sans réciprocité. Devant ces protestations la vaine pâture recule ; elle ne s'étendra plus désormais qu'aux forêts[2]. Là en effet il y a identité d'exploitation, donc pas de dommages spéciaux pour quelqu'un, réciprocité d'avantages, tolérance réciproque. C'est ce qui explique justement la persistance si vivace du droit de parcours, qui lui s'exerce de commune à commune et sur les forêts communales où il n'y a aucun inconvénient à laisser paître les troupeaux.

1. Viollet, *Le droit au* XIII^e^ *siècle.* Introduction à son édition des *Établissements de Saint-Louis*, t. I, 1881, p. 98.

2. *Établissements de Saint-Louis*, liv. I, chap. 158. Ed. Viollet, p. 294. — Voy. Saleilles, *Note au Sirey*, 1899.2.25. — Glasson, *Hist. des institutions politiques*, t. VII, p. 268.

A mesure que la civilisation et le droit se développent, la vaine pâture recule encore, et à qui écrirait son histoire elle apparaîtrait comme un exemple frappant de la conquête progressive de l'individualisme sur la communauté originaire. Sans doute dans certaines coutumes on déclare que nul ne peut s'y soustraire, mais alors pour déterminer son véritable caractère on la classe parmi les servitudes légales. Dans la plupart des coutumes on se montre moins rigoureux [1] ; au XVIII[e] siècle la vaine pâture est attaquée très vivement [2], et on autorise les propriétaires à s'y soustraire par la clôture. La civilisation s'est transformée ; l'institution ancienne ne s'appliquait plus qu'au détriment d'intérêts nouveaux ; le progrès luttait contre la tradition. On disait bien : la vaine pâture ne porte plus que sur les pâturages, forêts, terrains incultes. Mais ces terrains ont été défrichés, on veut s'y livrer à la culture ; et le droit apparaît alors comme un insurmontable obstacle. C'est de là que viennent les incessantes réclamations contre la vaine pâture ; c'est une survivance historique dont on ne comprend plus la nécessité.

Banalités. — Nous rangerions aussi volontiers dans des survivances d'institutions primitives certains droits seigneuriaux, qui, malgré les violentes protestations qu'ils ont soulevées, se sont maintenus pendant tout l'ancien régime, et qui nous semblent bien dans leur forme primitive de très anciennes institutions ; nous voulons parler des banalités et en particulier du droit de chasse.

M. Championnière qualifie les banalités d' « abus terrible et général » et il écrit : « Ces actes odieux du pouvoir seigneurial consistaient essentiellement dans la violation

1. *Coutumes de Sens*, art. 146, *Auxerre*, art. 1260. *Melun*, art. 302.
2. Viollet, *Histoire du droit civil français*, p. 560.

du droit de propriété. Défense au possesseur de chasser sur ses terres, de pêcher dans ses eaux, de moudre à son moulin, de cuire à son four, de fouler ses draps à son usine, d'aiguiser ses outils à sa meule, de faire son vin, son huile, son cidre à son pressoir, de vendre ses denrées au marché public, d'avoir étalon pour ses troupeaux, pigeons dans sa fuie ou lapins dans son clapier, par suite droit exclusif du seigneur à toutes ces jouissances[1]... » Sans doute parmi les défenses[2] énumérées par l'auteur avec une si virulente indignation beaucoup furent imposées par les exactions seigneuriales. Mais ce n'est pas là leur unique origine, et ce n'est pas en particulier l'origine des plus importantes, les banalités de moulin, de four et de pressoir.

Ces droits sont très anciens, ils existaient très probablement avant la période féodale, et alors quelle forme pouvaient-ils présenter ? La forme d'un rapport d'obligeance et de secours entre les voisins. Celui qui avait un four faisait cuire le pain des autres, moyennant redevance sans doute ; celui qui avait un pressoir pressait le raisin et les olives de tous ; celui qui avait un moulin moulait le blé de tous... Chacun ne peut élever sur son fonds un établissement pareil, et pourtant il est indispensable à tous ; il était dans les mœurs que l'on ne refusât pas un pareil service. Et cet usage répété prit la forme d'un droit existant au profit de tous, permettant d'exiger d'un propriétaire une prestation personnelle ; de telle sorte que pour celui qui y regarde de près, c'est primitivement le propriétaire du moulin ou du pressoir qui est

1. Championnière, *De la propriété des eaux courantes.* Ouvrage contenant l'exposé complet des institutions seigneuriales. Paris, 1846, n° 332, p. 552.

2. *Ban* signifie défense.

l'obligé. Il est vrai que souvent ils appartiennent à la communauté [1]. Du jour où le grand propriétaire foncier est devenu seigneur, il continue à rendre ce service à ses voisins moins puissants que lui ; ailleurs il se substitue à la communauté, s'empare du moulin et du four qu'il entretient, et il y a banalité. Mais il faut le dédommager du service rendu ; aussi les voisins s'engagent à lui payer une redevance, et ils s'engagent aussi à ne construire aucun autre four ou moulin.

Bientôt le pouvoir seigneurial grandit, il augmente ses prétentions : il s'impose à tous les propriétaires voisins, et la banalité n'apparaît plus alors que comme le plus criant des monopoles ; on oublie toute son utilité primitive, parce que dans un état social transformé où la diversité des métiers permettait l'exercice de toutes les industries, le droit primitif ne peut plus se comprendre.

Ce n'est pas une simple hypothèse que nous formulons ; il reste même dans le dernier état du droit des traces visibles de cette origine première. Au XIV^e^ siècle nous voyons encore la règle : *Nul meunier n'a défense contre son moulant*, ce qui signifie que, lorsque celui qui a donné son blé à moudre se plaint d'un dommage, le propriétaire du moulin doit le réparer sans pouvoir rien objecter ; et ce qui nous ramène à une époque où le meunier est le serviteur de la communauté [2]. De même Pothier nous indique que le droit de banalité ne peut appartenir qu'au seigneur du territoire et non au seigneur étranger [3] ; évidemment

1. Viollet, *De la communauté des moulins et des fours au moyen âge. Revue historique*, 1886, t. XXXII, p. 86. M. Viollet démontre l'existence de fours communaux, réfutant ainsi M. Thevenin (*Études sur la propriété au moyen âge. Rev. hist.*, 1886, t. XXXI, p. 241), qui avait nié cette communauté.

2. Viollet, *Établissements de Saint-Louis, Introduction*, t. I, p. 104.

3. Pothier, *Traité des Fiefs.* — Ed. Bugnet, t. I, n^os^ 350 et 351.

à l'origine il s'agissait de rapports entre voisins. Dans les pays qui mieux que d'autres ont conservé les traditions, nous retrouvons la trace de ces obligations primitives du seigneur. La Coutume du Nivernais encore assez tard déclare l'obligation de banalité éteinte quand le seigneur ne remplit pas ses obligations, dont la principale est de tenir les routes en bon état. Véritable contrat synallagmatique, le non-accomplissement de ses obligations par l'une des parties rompt le contrat.

Il y avait donc bien là un maintien très curieux des rapports primitifs entre voisins et des droits de la communauté. L'abus provient de l'influence prépondérante prise par l'un des propriétaires qui détourne à son profit tous les droits de la communauté. Il provient aussi d'un bouleversement complet de l'état social, au milieu duquel cette épave historique, subsiste, s'aggrave de tous les moyens employés pour en développer les bénéfices, et finit par soulever un concert de véhémentes protestations.

Droit de chasse [1]. — On peut faire les mêmes remarques pour le droit de chasse, un des droits féodaux qui excitèrent le plus vivement l'indignation de tous à la fin de l'ancien régime. C'était d'ailleurs une banalité, droit pour les seigneurs de chasser sur toutes les terres, et défense faite aux propriétaires de chasser eux-mêmes sur leurs fonds. Certaines coutumes leur interdisaient de se clore, afin que les équipages pussent passer partout ; d'autres au contraire exigeaient la clôture dans certaines conditions,

1. Voy. sur le droit de chasse dans notre ancien droit: Jevain, *Le droit de chasse et la propriété foncière.* Thèse Paris, 1901, p. 24 et s. — Moyat, *Essai historique, critique et comparé sur le droit de chasser en général.* Thèse, Paris, 1900, p. 10. et s.

afin de parquer le gibier. Il y avait toute une série de dispositions précises et rigoureuses, et cette matière était considérée dans notre ancien droit comme l'une des plus importantes. A la veille de la Révolution, le droit de chasse existe encore ; il apparaît comme un empiètement monstrueux du pouvoir seigneurial, la violation de toute propriété privée, le monopole le plus injustifié qui ait jamais existé, et on ne peut comprendre l'établissement d'un pareil droit que par les pires exactions de la force.

La vérité historique est tout autre. Comment croire qu'un individu ait pu à un moment donné non seulement défendre aux autres de chasser sur leurs fonds, mais encore leur imposer l'envahissement de leurs propriétés par ses meutes et ses équipages. Ce serait au surplus bien peu conforme à ce que nous savons de l'exercice primitif du droit de chasse. Il ne faut pas craindre de l'affirmer, c'est le seigneur qui est resté dans le droit commun, et le droit de chasse est devenu un empiètement vivement attaqué, non pas parce qu'il viole le droit de propriété privée, mais bien parce qu'il a fait un monopole de ce qui était auparavant la règle générale. Dans les premières civilisations chacun a le droit de chasser sur toutes les terres : à Rome, même à l'époque où la propriété privée est fortement organisée, il en est toujours ainsi. C'est seulement à la fin du XIV[e] siècle que la chasse devient un privilège nobiliaire [1]. L'ordonnance cabochienne de 1413 [2] brise un moment le privilège, qui renaît avec plus de force pour devenir absolu dans l'ordonnance de 1669 [3].

1. Viollet, *Établissements de Saint-Louis. Introduction. Le droit au* XIII[e] *siècle*, t. I, p. 102.
2. Isambert, *Collection des ordonnances royales*, t. VII, p. 376.
3. Isambert, *ibid.*, t. XVIII, p. 299.

Ce qui n'a pas été assez mis en relief, c'est que le droit de chasse était odieux non seulement par le monopole qu'il consacrait, il y en avait alors bien d'autres, mais encore parce qu'il était absolument contraire aux nécessités sociales de l'époque à laquelle il s'imposait encore. L'importance de la chasse avait augmenté : on se livrait à ce plaisir plus souvent et surtout dans un bien plus grand appareil, en particulier à la chasse à courre. Or en même temps l'agriculture s'est développée, les forêts ont été défrichées ; partout des cultures délicates que le gibier détruit quand ce ne sont pas les chasseurs ; et ce sont ces ravages des récoltes qui excitent l'indignation. Sept ou huit siècles auparavant le même droit ne soulevait pas la moindre protestation.

Nous n'insistons pas davantage sur tous ces droits qui n'ont plus qu'un intérêt historique et qui d'ailleurs ne rentrent pas absolument dans les limites de notre sujet. Nous avons voulu simplement mettre en relief les deux points suivants :

1° La propriété dans notre ancien droit, est loin, malgré les assertions des juristes, de présenter les caractères du *dominium* romain. L'influence germanique et féodale se fait sentir, non seulement en droit public où elle lui donne un aspect tout particulier, mais même et par une répercussion forcée en droit privé, car nous rencontrons jusqu'à la fin de l'ancien régime des traces singulièrement persistantes de la communauté primitive ;

2° Les anciens rapports de tolérance et de services réciproques entre voisins n'ont point disparu, mais ils se sont transformés ; un des propriétaires devenu le seigneur se substitue à la communauté originaire ; il continue à rendre les services promis ; mais peu à peu son joug s'ap-

pesantit, et sa protection se transforme en une puissance tyrannique. L'absence complète de réglementation dans les services qui peuvent être permis ou imposés laisse place aux plus grands abus et il se crée toute une catégorie de droits qui mettent certains individus dans un véritable état de sujétion. Comme l'on ne trouvait aucune trace de pareils droits dans la législation romaine, qui sert toujours de guide, on en rattache l'étude à celle des droits seigneuriaux, et les jurisconsultes ne paraissent pas voir le lien de cette question avec celle des rapports de voisinage qu'ils traitent exclusivement d'après les données romaines.

Il fallait pour avoir une idée générale sur les influences qui ont agi sur la notion de propriété dans l'ancien droit, rapprocher quelques-uns de ces droits des rapports juridiques connus en droit romain. C'est ce que nous avons fait ; nous avons pu constater ainsi la diversité des influences régnant sur cette question ; nous en déduisons immédiatement le caractère complexe et incertain du droit de propriété.

SECTION III

L'EXERCICE DU DROIT DE PROPRIÉTÉ DANS L'ANCIEN DROIT

Nous devons maintenant, nous plaçant à une époque où le droit de propriété a fait l'objet d'études dogmatiques sérieuses, indiquer rapidement le système législatif en vigueur sur l'exercice de ce droit. Nous nous inspirons pour cela des œuvres de Domat et de Pothier ; c'est par conséquent le droit des XVII^e^ et XVIII^e^ siècles que nous examinons.

I. Il y a tout d'abord une organisation légale. Ce sont des règles semblables à celles que nous avons trouvées en droit romain, notamment sur les distances requises pour les plantations et les constructions ; elles étaient un peu éparses dans les textes romains ; nos anciens jurisconsultes les ont réunies ; mais ils ne les ont pas insérées dans la théorie des servitudes, et elles sont rangées dans un chapitre spécial. Domat en traite sous le titre : *Des engagements réciproques des propriétaires ou possesseurs d'héritages joignants* [1], et il les classe parmi les obligations qui se forment sans convention. Pothier les étudie dans un appendice à son traité de la société, sous le titre : *Du voisinage* [2]. La situation matérielle du chapitre chez ces deux auteurs est par elle-même intéressante. Sans doute ils ont été impressionnés par cette idée que leurs développements sur la mitoyenneté seraient admirablement bien placés à la suite de ceux qu'ils donnaient sur la société ou la communauté. Mais nous voulons y voir aussi un sens historique plus profond ; car ce n'est pas seulement de la mitoyenneté qu'il est question dans ces traités, mais de beaucoup d'autres obligations ; et ce titre nous semble bien alors signifier que l'on considère, comme toujours existante entre les propriétaires voisins, une association formée sans convention et par cela seul que l'on est propriétaire, mais une association véritable où chacun a des droits et des obligations vis-à-vis des autres.

Les dispositions réunies sous ce titre sont trop nombreuses pour que nous essayions de les rappeler. Il faut

1. Domat, *Lois civiles*, liv. II, t. VI, sect. 2. Ed. Remy, 1835, t. I. p. 459.
2. Pothier, *Traité du contrat de société*. Second appendice, *Du voisinage*. Ed. Bugnet, 1847, t. IV, p. 328.

ajouter qu'elles sont très variables. En principe ce sont toujours à peu près les mêmes obligations qui sont visées mais la réglementation de détail varie grandement suivant les pays. Il y a la plus grande diversité entre les coutumes ; les usages locaux ont été ici prédominants, et s'il est une matière où l'on ne s'est jamais plaint de la diversité extrême des usages, c'est bien celle-là. Plus en effet l'appropriation de la loi aux nécessités de l'agriculture et de l'industrie de tel pays, aux mœurs qui y règnent, aux traditions qui l'inspirent sera parfaite, mieux et plus aisément se résoudront les conflits qui peuvent exister entre les propriétaires voisins. A ce point de vue il y a une tradition ininterrompue entre ces usages locaux, dont nous avons constaté l'existence dans toutes les coutumes primitives, et les innombrables dispositions réglementaires, qui en les recueillant n'ont fait que les codifier pour régler des rapports longtemps imposés par les mœurs. On constate même quelquefois l'influence plus ou moins grande que les différentes sources du droit ont eue suivant les régions. Ainsi dans le Midi, où le droit romain fût prépondérant, on connaît sous le nom d'*invetison* l'obligation de laisser un espace de cinq pieds autour de la maison, tandis que dans le Nord la contiguïté est la règle. Il ne faudrait pas aller jusqu'à dire que cette extrême diversité de réglementation n'a pas d'inconvénients ; elle en a un primordial, c'est l'incertitude de la règle ; mais elle présente aussi le très sérieux avantage de poser des règles adaptées à toutes les particularités des régions, au lieu d'étouffer les habitudes provinciales sous une réglementation uniforme à laquelle elles se plieraient mal.

D'autres dispositions légales sont nettement dégagées de toute origine romaine ; elles sont de pure création cou-

tumière, usages très anciens pour la plupart, et que la loi recueille pour les perpétuer, quand on cesse de les respecter. Bien souvent on qualifie ces obligations de servitudes légales, et les auteurs en traitent quand ils étudient la théorie générale des servitudes. Nous trouvons même quelquefois notamment dans Domat [1] l'expression de servitudes établies par l'autorité de justice. Il y avait là en effet des droits qui étaient tantôt conventionnels, tantôt légaux, suivant les coutumes. Dans certaines régions l'usage ancien avait disparu, et la convention privée pouvait seule le faire subsister; dans d'autres au contraire il avait conservé toute sa force. C'est ce qui est arrivé instamment pour le *tour d'échelle*, droit d'appuyer une échelle sur le fonds voisin pour réparer sa maison [2], pour le droit de faire passer ses ouvriers sur le fonds voisin, un peu plus large que le précédent [3], et aussi pour la vaine pâture, dont nous avons déjà parlé.

Nous arrivons à cette constatation au point de vue de la réglementation légale des rapports de voisinage qu'il n'y a pas de théorie générale et unitaire ; les dispositions s'y référant sont réparties un peu partout ; les unes portent le nom de servitudes, les autres n'ont pas de dénomination générique ; les coutumes sont extrêmement variées, les droits d'origine très différente. Mais dans l'ensemble on peut remarquer, par suite du caractère spécial de la propriété coutumière que nous signalions plus haut, une vue plus large qu'en droit romain, une admission plus facile de restrictions légales pour tâcher suivant

1. Domat, liv. I, tit. XII, sect. 1, § 10. Ed. Remy, t. I, p. 329. Domat qualifie ainsi le passage accordé en cas d'enclave par une décision judiciaire.
2. Fournel, *Traité du voisinage*. V° *Tour d'échelle*, t. II, p. 508.
3. Pothier, *Société*, n° 246. Ed. Bugnet, t. IV, p. 333.

l'expression de Merlin « de concilier les avantages de la société avec les inconvénients qu'elle peut entraîner ».

II. Quant aux servitudes nées du fait de l'homme, pour employer la terminologie du Code civil, leur théorie est dans notre ancien droit très soigneusement étudiée et très clairement exposée. Ici le droit romain a eu une influence décisive ; nous avons souvent une traduction pure et simple des textes du Digeste, et à leur tour ces jurisconsultes ont eu une action prépondérante sur la rédaction du Code civil. Certains articles du Code sont littéralement copiés sur des textes de Domat.

Chez tous les jurisconsultes nous trouvons répandue l'idée que les servitudes sont contraires au droit naturel. C'était peut-être le mot lui-même qui éveillait chez eux une telle susceptibilité par les souvenirs du régime féodal exécré qu'il rappelait. Domat appelle tous ces droits des *assujettissements* [1]. D'après lui ils « dérogent à la liberté naturelle à chacun d'user de son bien [2] », et même les auteurs, qui avec Lalaure [3] reconnaissent l'indispensable utilité des servitudes, n'en adoptent pas moins l'expression romaine. Ici par conséquent on admet beaucoup moins facilement l'efficacité des conventions privées ; on tend à

1. Domat, liv. I, tit. XII, sect. 1, §§ 1 et 2. Ed. Remy, t. I, p. 326 et 327.

2. Domat, *ibid.*, § 9. Ed. Remy, t. I, p. 329.

3. Lalaure, *op. cit.*, p. 16. Après avoir cité Basnage d'après lequel « par droit de nature tous les héritages sont libres ». Lalaure ajoute : « Je crois être bien fondé à donner aux servitudes réelles une origine moins déshonorante pour l'humanité. En effet malgré l'indépendance qui régnait parmi les hommes, lorsque leur nombre les obligea de s'étendre sur la surface de la terre, il est certain que la nature des différents terrains qu'ils occupaient leur imposait nécessairement les servitudes. Ainsi à proprement parler c'est à l'inégalité des terrains et à leur différence que les servitudes réelles doivent leur origine et leur établissement. Mais cette inégalité n'a pas produit d'abord tous les effets des servitudes, ça n'a été que par degrés qu'elles se sont établies telles qu'elles subsistent aujourd'hui. »

en restreindre l'effet, à les soumettre à de rigoureuses conditions, et on ne pouvait mieux y arriver qu'en reproduisant les sévères dispositions du formalisme romain.

Ce n'est pas à dire ici encore que l'unité ait régné dans la législation ; il y eût au contraire entre les coutumes les plus grandes divergences, et, comme ces différences ne tiennent qu'à des influences d'origines diverses, on ne peut que les regretter. C'est ainsi que pour l'établissement des servitudes par prescription la plus grande variété règne dans les règles admises. Évidemment il y a lutte entre l'influence romaine tendant à admettre difficilement l'usage comme mode d'acquisition des droits, et l'influence coutumière, reconnaissant bien plus largement la prescription [1].

Il faut enfin signaler un mode particulier d'acquisition des servitudes, mode inconnu en droit romain, et que notre ancienne jurisprudence n'a pas hésité à admettre c'est la *destination du père de famille* ; ce mode se retrouvera dans notre Code civil actuel. Les pays de droit écrit le rejettent généralement, mais presque tous les pays de coutume le connaissent. On a été impressionné par cette idée qu'il y a des servitudes nécessaires quoiqu'elles ne soient pas établies de plein droit par la loi ; or la destination du père de famille montre précisément leur nécessité, et par conséquent doit les faire reconnaître. Ce qui le prouve, c'est qu'on exige que la servitude soit apparente[2], et pourtant Duparc-Poullain commentant la *Coutume de Bretagne*, une des plus anciennes, nous dit que, si le service établi entre les deux fonds est *nécessaire*, l'apparence n'est pas exigée ; la règle primitive ici a survécu [3].

1. Pothier, *Traité de la prescription*, n° 287.
2. Lalaure, *op. cit.*, liv. I, chap. 1 et liv. II, chap. 2.
3. Duparc-Poullain, *Coutume de Bretagne*, t. III, p. 307.

Mais, à part ces quelques innovations coutumières, toute la matière des servitudes, qui est d'un puissant intérêt pour l'explication détaillée des différents articles du Code civil, n'offre au contraire rien de bien curieux à signaler, quand on n'envisage que l'ensemble des institutions, et les principes généraux de la législation.

III. En dehors des cas prévus par la loi ou déterminés par convention, le propriétaire peut faire sur son fonds ce qui lui plaît. Mais cette liberté peut-elle aller jusqu'à causer un dommage aux voisins? Y a-t-il un principe général posant les limites des droits du propriétaire et déterminant sa responsabilité? Il faut répondre négativement.

Ici encore on sent chez les jurisconsultes les influences des origines bien diverses du droit civil français. La matière des obligations est entre toutes celle qui est le plus directement inspirée par le droit romain; or, respectueux de la liberté, le droit romain est essentiellement restrictif au point de vue de la responsabilité. Nos anciens juristes avaient pris à tâche de dégager et d'étendre les principes romains. Recueillant les adages qui nous ont été laissés ils ont érigé beaucoup d'entre eux en règles générales, leur donnant ainsi une portée qu'ils n'avaient jamais eue. Aussi ils ont trouvé dans plusieurs textes et dans un certain nombre d'actions la notion de faute; aussitôt ils font de la responsabilité délictuelle la règle très générale, ils élargissent la *lex Aquilia*, la transforment, la donnent comme base à une infinité d'actions; et désormais toute la responsabilité est fondée sur la faute : *in lege Aquilia et levissima culpa venit.*

Et pourtant, malgré la généralité de la règle, il ne semble pas qu'on ait jamais songé à appliquer le principe au propriétaire qui a causé un dommage à son voisin.

Si on avait voulu le faire, on aurait été retenu d'ailleurs par cet adage que l'on applique également toutes les fois que l'occasion se présente : *Neminem lædit qui suo jure utitur*. Est-ce donc l'irresponsabilité absolue qui a été consacrée?

Chose qui peut paraître au premier abord étonnante, c'est la solution toute contraire qui a triomphé. Sans doute, nous l'avons vu, plusieurs textes romains posent un principe équitable de réparation ; mais il ne semble pas que ces textes aient beaucoup entraîné la doctrine dans notre ancien droit, et il y a là très clairement l'influence des principes germaniques et coutumiers. La propriété est essentiellement un élément de conservation sociale et de traditions historiques: l'unité des principes juridiques ne s'impose pas facilement à elle. Il y a eu dans notre ancien droit un développement indépendant des différentes théories, et tandis que le droit des obligations était presque purement et simplement calqué sur le droit romain, dans la théorie de la propriété on conservait des principes différents, sans que ces principes aient jamais apparu comme une anomalie.

Or en droit germanique, comme dans le droit français primitif, tout dommage en règle générale doit être réparé ; c'est une simple question d'équité à régler entre les voisins, question qui était sommairement tranchée par un arbitre ou un juge doués d'un pouvoir absolu. On peut dire que ces principes se sont conservés pendant tout notre ancien droit. En matière de voisinage le souvenir de la communauté d'origine, les relations longtemps nécessaires et amicales qui avaient existé conservaient leur influence. Ce n'est pas à dire qu'il y eût moins que maintenant de procès entre voisins. C'est de cette époque que

date la célébrité des discussions sur le mur mitoyen; mais, comme il arrive quelquefois, les mœurs perdant toute influence au point de vue des rapports de fait continuaient à exercer une véritable action sur les rapports de droit.

Guy-Coquille nous montre très bien quel pouvait être l'effet de cette ancienne union. Il écrit dans ses *Coutumes du Nivernais*: « Tous les habitants des villes et bourgs, ou plusieurs maisons qui sont proches et voisines les unes des autres, sont tenus d'user de leurs héritages, de telle sorte qu'ils ne fassent incommodité à leurs voisins. Et quoique par la règle commune il soit loisible à chacun d'user et de faire du sien ainsi que bon lui semble, quoiqu'il en vienne incommodité au voisin..., toutefois par les règles des cités et assemblées de plusieurs personnes en un lieu chacun habitant doit par courtoisie et honnête volonté ne rien faire au sien qui puisse nuire à son voisin, ce qui n'est pas droit de servitude, mais droit de cité en laquelle chacun doit vivre en amitié et union [1]. » C'est le dernier écho de cette règle que nous trouverons dans Merlin. « Les voisins se doivent des égards mutuels pour leurs intérêts réciproques, soit en prenant garde de s'incommoder les uns les autres le moins qu'il est possible, soit en supportant les incommodités qui résultent quelquefois du voisinage. Cela doit surtout avoir lieu dans les villes où les maisons sont naturellement contiguës, et sont tout à la fois dominantes et servantes les unes à l'égard des autres [2]. »

Il est curieux de voir comment les auteurs qui se livrent à des exposés dogmatiques ont concilié ces principes avec les principes romains. Ils les ont séparés complètement

1. Guy-Coquille, *Coutumes du Nivernais*, chap. X, art. 1.
2. Merlin, *Répertoire de jurisprudence*. V° *Voisinage*, p. 673.

dans leurs ouvrages. Ils traitent tout spécialement des différentes actions que donnait le droit romain, notamment de la *cautio damni infecti* sous ce titre : « Du dommage qui peut arriver de la chute d'un bâtiment ou de quelque nouvelle œuvre[1] » ; puis ils insèrent en parlant des servitudes d'autres dispositions qui ont une origine coutumière. Domat par exemple pose une règle très générale. Il déclare que l'on peut constituer une servitude pour forcer un propriétaire à supporter tel ou tel usage du fonds voisin dommageable pour lui, et il ajoute: « S'il n'y a point de servitude, l'incommodité sera ou soufferte ou empêchée selon la qualité des lieux et celle de l'incommodité et selon que les règles de police ou de l'usage, s'il y en a, y auront pouvu[2]. » On ne saurait formuler un principe plus large : c'est une règle d'équité posée par le jurisconsulte ; au juge de l'appliquer.

A notre sens c'est la même règle que l'on trouve dans Pothier. « Le voisinage, dit-il, oblige les voisins à user chacun de son héritage de manière qu'il ne nuise pas à son voisin... Cette règle doit s'entendre en ce sens que, quelque liberté qu'un chacun ait de faire ce que bon lui semble sur son héritage, il n'y peut faire rien, d'où il puisse parvenir quelque chose sur l'héritage voisin qui lui soit nuisible[3], » et il appelle cette obligation tout naturellement l'*obligation de voisinage*. Après avoir posé la règle, il en déduit quelques conséquences, et montre qu'il est des inconvénients que le voisin doit supporter, d'autres qu'il n'est pas tenu de souffrir, mais il ne pose pas de criterium bien certain. Pothier n'a donc fait que re-

1. Domat, *Lois civiles*, liv. II, tit. VIII, sect. 3. Ed. Remy, p. 476.
2. Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. XII, sect. 2, § 10. Ed. Remy, p. 334.
3. Pothier, *Société*, n° 235. Ed. Bugnet, t. IV.

produire la doctrine courante à son époque, et c'est un point à retenir, car nous verrons plus loin qu'on lui prête une théorie plus savante, qui n'a jamais été la sienne.

Il y a donc un fait qui frappe : c'est l'absence d'une règle certaine permettant de distinguer les dommages qui donnent droit à une réparation et ceux qui doivent être supportés sans indemnité. Les raisons n'en sont pas difficiles à discerner.

Tout d'abord, comme nous l'avons déjà fait observer, les dommages sont peu fréquents. Sans doute dans les villes il y a eu un certain développement de l'industrie ; on commence à sentir les inconvénients de certains métiers ; mais c'est en somme assez peu de chose encore, et avant le XIX^e^ siècle il n'y aura pas en France de dommages bien fréquemment causés, parce que c'est la grande industrie qui les cause presque tous.

Ces dommages sont en grande partie prévenus. Les règles sont très nombreuses qui fixent les mesures préventives à prendre, plus nombreuses encore que dans notre Code civil actuel. Aux dispositions des coutumes il faut ajouter les usages locaux, qui ont force de loi, quoique non rédigés, et aussi les règlements de police très nombreux dans les villes et qui règlent soigneusement les conditions d'exercice des différents métiers. L'industrie pour rudimentaire qu'elle soit n'est pas libre, et cette réglementation excessive qui en tue le développement sert tout au moins à atténuer les inconvénients, qu'elle peut présenter au milieu des villes.

Il faut ajouter enfin que ce qui rendait la solution du problème singulièrement facile, ce qui a empêché peut-être les jurisconsultes d'en voir toute la difficulté, ce sont les pouvoirs très étendus des juridictions chargées

de se prononcer. Elles possèdent tout à la fois un pouvoir réglementaire ou de police et un pouvoir de justice. Lorsqu'elles ne trouvent pas dans les principes juridiques un motif suffisant de condamnation, elles n'en ont pas moins la plus grande liberté pour ordonner des mesures, afin d'éviter désormais les inconvénients qui se sont déjà produits. Dans les espèces citées aux *Répertoires* de notre ancienne jurisprudence, on ne sait vraiment jamais si les tribunaux se contentent d'ordonner réparation du préjudice particulier causé, ou si en vertu de leurs droits ils édictent un règlement pour l'avenir.

Dans ces conditions on comprend que les auteurs ne se soient pas préoccupés longtemps d'une question qu'ils voyaient si facilement tranchée tous les jours par les magistrats. Ils se sont bornés à poser la règle d'équité que ceux-ci suivaient habituellement, et à signaler qu'il y avait une composition à faire entre les droits de chacun, composition qui doit être réglée par les tribunaux au mieux des intérêts de tous.

Dérogation sans doute au principe romain de l'absolutisme des droits individuels, mais dérogation qu'ils n'ont même pas aperçue, influencés qu'ils étaient encore par les idées autrefois régnantes, et que l'étude du droit romain n'avait pas réussi à chasser de toutes les consciences juridiques. Ils n'avaient pas oublié que des sacrifices individuels sont nécessaires dans l'intérêt commun, qui est encore finalement l'intérêt particulier ; ils savaient que nul ne peut sortir de l'organisation sociale pour prétendre exercer un droit absolu. Ils voyaient l'exercice de chaque profession soigneusement réglementé, dirigé, limité ; l'artisan rattaché par ses corporations et ses maîtrises, enfermé dans des cercles plus ou moins étendus d'où il

tire ses droits et ses obligations, et ils ne pouvaient s'étonner de voir le propriétaire obligé lui aussi dans l'intérêt de la communauté de limiter son droit, de ne l'exercer qu'en respectant celui des voisins, obligé de restreindre l'expansion de son activité, et de sacrifier à l'intérêt social une partie de ses intérêts particuliers. Ils voyaient en droit public le propriétaire soumis à des redevances, à des prestations qui attestent la dépendance de son droit, privé même en faveur du seigneur de certains pouvoirs qui semblent faire partie intégrante de la propriété, et ils ne pouvaient s'étonner de voir en droit civil ces voisins, qui avaient vécu si longtemps sous la tutelle du même chef, ne pas se considérer vis-à-vis de lui et vis-à-vis les uns des autres comme des étrangers, maîtres absolus sur leurs fonds.

Ce sont là sans doute des conceptions qu'aucune règle juridique ne traduit formellement ; mais les règles ne valent que par leur interprétation, et l'interprétation des lois dépend essentiellement du sentiment juridique qui anime le sujet de ces lois. Eh ! bien, s'il fallait caractériser en quelques mots l'exercice du droit de propriété pendant tout notre ancien droit nous pourrions dire que nous voyons la conception romaine de droit absolu et illimité lutter et gagner toujours sur la conception coutumière, où la propriété apparaît comme un faisceau de droits donnés à un individu sur un bien distrait de la communauté, droit limité par l'intérêt de cette communauté dont il sort. L'idée individualiste gagne chaque jour du terrain, mais il faudra que tout l'ancien régime s'écroule pour qu'enfin elle triomphe.

SECTION IV

L'ŒUVRE DE LA RÉVOLUTION[1]

La Révolution française a eu un rôle si important au point de vue de la réorganisation de la propriété foncière, que ce rôle même est apparu à certains historiens comme son plus important caractère [2]. C'est une affirmation un peu exagérée ; et s'il est vrai que les principes nouveaux admis en droit public détruisaient pour jamais l'union de la souveraineté et de la propriété, il est incontestable aussi que la législation révolutionnaire ne fit que consacrer une conception lentement développée par les siècles précédents.

Aucune de ces réformes ne nous intéresse directement. Nous ne trouvons en effet nulle trace d'une organisation nouvelle des rapports de voisinage. Les révolutions politiques ne sauraient avoir une grande influence sur une telle question. Elle aura plus tard elle aussi sa révolution ; ce sera une révolution économique, l'apparition de la grande industrie. Mais pendant tout le droit intermédiaire, il n'y a pas de réforme législative.

1. Thiebault, *Le principe de propriété individuelle devant l'Assemblée constituante*. Thèse, Lille 1899. — R. Beudant, *La transformation juridique de la propriété foncière dans le droit intermédiaire*. Thèse Paris, 1889. Chenon, *Les démembrements de la propriété foncière avant et après la Révolution*. Thèse Paris, 1881.

2. Taine, *Les origines de la France contemporaine. La Révolution*, t. I, p. 386. La Révolution « est par essence une translation de propriété ». — Léon Faucher, *Revue des Deux-Mondes*, 1898, p. 687. « Qu'est-ce, je vous prie, que la Révolution française sinon une transformation de la propriété territoriale ! »

Mais en revanche à un point de vue plus général, la Révolution a eu une influence énorme sur la conception du droit de propriété. Appliquant à cette question particulière les idées générales qui la motivent et la guident, elle a fait de la propriété un droit absolu et supprimé tous les obstacles qui s'opposaient encore à la liberté des fonds.

Nous avons vu que pendant tout l'ancien droit français la propriété tend vers l'individualisme ; la Révolution consacre le principe. Ce n'était pourtant pas la conception qui se dégageait des œuvres des penseurs du XVIII[e] siècle. Que l'on consulte Montesquieu, Rousseau, Diderot, Helvétius, Morelly, tous semblent bien plutôt portés vers la communauté des terres et l'égalité des biens que vers la défense de la propriété absolue, libre et illimitée [1].

Malgré l'influence que ces profonds philosophes exercent sur les hommes de la Révolution, ces idées ne devaient pas triompher, même théoriquement. Il y avait en effet un courant bien plus fort qui entraînait les hommes et les idées, courant politique, économique, juridique et social, qui, enlevant sur son passage toutes les entraves, tous les règlements, toutes les associations, toutes les institutions, faisait de l'individu le seul être juridique, l'érigeait en homme libre et indépendant. Les vues spéculatives de quelques penseurs du XVIII[e] siècle ne pouvaient prévaloir contre cette universelle aspiration à l'individualisme, qui avait trouvé son expression complète dans les idées

1. Voy. Lichtenberger, *Le socialisme au XVIII[e] siècle* — Montesquieu, *Lettres persanes*, lettres 11 à 14 (éloge des Troglodytes). — Rousseau, *Discours sur l'origine et le fondement de l'inégalité parmi les hommes.* — *Contrat social*, liv. II, chap. 9. — Diderot, *Encyclopédie*, t. XIX, article *Législateur*, p. 772. — Helvétius, *Œuvres*, t. V, p. 183 à 206 (Étude sur l'idée de solidarité sociale et la ruche humaine). — Morelly, *Code de la nature*, 1755.

de l'école physiocratique, et qu'eux-mêmes sur beaucoup de questions ne pouvaient condamner.

La Constituante reconnaît et proclame le droit de l'homme à la propriété comme un droit naturel ; et cette propriété doit être strictement individuelle. C'est un point qui n'a jamais été contesté devant l'assemblée [1], et pourtant plus de cent discours prouvent que l'on est revenu souvent sur cette question.

Quels en seront les caractères? Ce sont ceux-là même que l'on reconnaît à l'individu et qui peuvent se résumer d'un seul mot : liberté. Chaque individu a des droits et des devoirs envers l'Etat, et seulement envers lui ; or l'Etat c'est la loi ; la loi est toute puissante, et on l'a bien vu pendant le cours de la législation révolutionnaire ; mais quand la loi se tait, l'homme est libre ; il a le droit d'agir ; il n'a de devoirs envers personne.

C'était par conséquent quant aux principes juridiques de la propriété privée la conception romaine qui s'imposait. Désormais, avec le triomphe de l'individualisme, les définitions doctrinales du droit données par nos anciens jurisconsultes sont exactes.

Que restait-il en effet à détruire à la fin du XVIII[e] siècle pour que la propriété devint un droit absolu? Il n'y avait plus qu'à briser les derniers vestiges des droits féodaux qui en entravaient encore l'exercice, à faire disparaître quelques rares survivances de la communauté primitive, à désagréger la hiérarchie sociale, qui avait été pendant longtemps si fortement constituée. La Révolution balaie tous ces droits féodaux. Elle s'y reprend à plusieurs fois ; différents systèmes sont tour à tour proposés et rejetés ;

1. Thiébault, *Thèse citée*, p. 45 et s. Cette conception faisait, du reste, partie du programme de l'école physiocratique.

mais on se résoud enfin à cette œuvre injuste peut-être mais salutaire qui débarrasse le sol de toutes ces entraves. Que reste-t-il alors ? Abolies les banalités, disparu le droit de chasse, restreinte la vaine pâture, détruits les services personnels, affranchis les paysans, supprimées toutes les redevances féodales, anéantis tous les privilèges honorifiques. Chacun sur son bien est seigneur et maître, ou pour mieux dire il n'y a plus de seigneur, et chacun est maître chez soi.

Qu'il y ait eu violation de droits légitimement acquis, c'est incontestable. Nous nous sommes nous-même attaché à prouver que certains droits avaient une origine très ancienne et très régulière. On ne pouvait pas légalement en enlever le bénéfice à ceux qui en jouissaient, ou tout au moins il aurait fallu leur accorder une indemnité pour cette expropriation ; on ne l'a pas fait ; on a oublié les services rendus, les titres réguliers, pour ne voir que l'oppressive usurpation des derniers temps, et d'un trait de plume on a tout supprimé et interdit le rétablissement futur de ces droits disparus.

La propriété est libre comme l'homme est libre, telle pourrait être la devise du régime nouveau. Mais pourtant on n'a jamais songé à toucher à des droits qui portent bien chez les jurisconsultes le nom de servitudes, mais qui sont absolument indispensables à l'exploitation des propriétés. Il y avait à cela une excellente raison : si les services féodaux que l'on supprimait avaient beaucoup plus d'inconvénients pour ceux qui les supportaient que d'avantages pour ceux qui en profitaient, les servitudes prédiales, au contraire, de l'avis même des économistes [1], ont une

1. Cauwès, *Cours d'économie politique*, 1893, t. III, p. 433.

incontestable utilité : car elles ajoutent plus de valeur au fonds dominant, qu'elles n'en enlèvent au fonds servant.

La seule préoccupation de l'époque est donc d'abolir tout ce qui touche de près ou de loin au régime féodal. Cela n'alla pas sans quelques difficultés. La nature de certains droits fut contestée et des discussions s'élevèrent. A l'époque de la rédaction du Code civil la question conserve son importance, et nous la voyons très sérieusement agitée dans les travaux préparatoires. Il fallait de plus empêcher toute résurrection dans l'avenir de ces droits disparus, deuxième préoccupation qui se révèle à chaque instant au cours des discussions. Il semble que ce passé à liquider et cet avenir à prévoir aient empêché le législateur de se poser dans un examen approfondi et attentif une question qui était cependant bien digne de son intérêt : Quelle est l'étendue exacte du droit de propriété[1] ? On crut avoir tout fait quand on eût décidé

1. La question, un moment, sembla venir en discussion avec une certaine ampleur et certains orateurs de la Constituante virent bien que l'on faisait de la propriété un droit trop étendu. La loi des 4-11 août 1789 avait reconnu au propriétaire le droit exclusif de chasse sur son fonds ; la loi du 30 avril 1790 maintenait ce principe. Mais Robespierre, alors député à la Constituante, s'était levé pour protester : « Je m'élève, disait-il, contre le principe qui restreint le droit de chasse au propriétaire seul, je soutiens que la chasse n'est point une faculté qui dérive de la propriété : aussitôt après la dépouille de la superficie, la chasse doit être libre à tout citoyen indistinctement. » — M. Mougins de Roquefort répliqua que « le privilège de la propriété doit s'entendre jusqu'à empêcher sur son héritage l'exercice d'aucun droit sans une permission préalable », et Merlin de Douai l'approuva. Robespierre, qui remontait à la tribune, dût en descendre sous les huées (*Moniteur Universel* 22 avril 1790). Ces cris ne suffisent pas à réfuter sa théorie, qui pourrait bien être vraie, si au lieu de la prendre sur cette forme générale, on décide qu'il ne suffit pas d'un poteau planté au milieu d'une forêt pour se réserver une chasse exclusive. Une réforme législative serait peut-être possible actuellement sur ce point : la clôture seule assurerait le droit exclusif de chasse, parce qu'elle empêcherait tout autre que le propriétaire de pénétrer sur le fonds. Un siècle après d'ailleurs la proposition de Robespierre était reprise. Voy. la proposition de loi déposée à la Chambre, le 25 octobre 1898 par MM. Vail-

qu'aucune servitude féodale ne pouvait revoir le jour et qu'au contraire toutes les servitudes prédiales étaient libres.

Nous arrêtons là notre étude de l'ancien droit et de la législation intermédiaire. Si on voulait entrer dans les détails, un volume entier serait nécessaire. Nous avons voulu montrer simplement en étudiant cette longue période que les difficultés étaient peu nombreuses en fait, facilement résolues en droit, par suite que la question n'avait pas d'intérêt.

Deux causes vont faire surgir toutes les difficultés :

En droit, c'est le long effort vers l'individualisme sanctionné par la Révolution qui fait de la propriété un droit sans frein. Sorti de l'étreinte des devoirs sociaux, libéré de toute obligation envers la communauté, le propriétaire se renferme désormais dans la plénitude de son droit, sanctionné par la loi.

En fait, la question ne se posera pourtant pas ni pendant le droit intermédiaire, ni dès la publication du Code civil. Mais presque immédiatement après, la révolution économique se produit : la civilisation subit une transformation complète et gigantesque ; les conditions de la vie changent radicalement ; les conflits naissent nombreux et variés.

Il y a eu en matière de propriété une transformation analogue à celle qui s'est produite dans les conditions du

lant, Chauvière, Coutant et Sembat, consacrant la liberté absolue de la chasse et de la pêche pour tous sur tous les fonds.

On peut également citer à un point de vue un peu différent la discussion qui eut lieu sur la propriété des mines. Mirabeau protesta avec une grande vigueur contre la théorie qui donne la propriété de la mine au propriétaire du sol. Voy. Chevalier, *De la propriété des mines dans ses rapports avec la propriété superficiaire. Revue pratique de droit français,* 1876, t. XLI, p. 68.

travail. Après la Révolution, les ouvriers affranchis de toute tutelle sociale, individualités éparses, vont se trouver écrasés par la plénitude même de leurs droits. En face de dangers devenus de plus en plus nombreux avec la transformation de l'industrie, ils sont isolés dans la lutte, tous souverains, tous victimes. De même après la Révolution, les propriétaires fonciers, maîtres absolus de leurs biens sous la garantie des lois, vont se dresser les uns contre les autres au milieu de causes de conflit multipliées à l'infini, et succomberont sous l'excès même de cette liberté, qui rend leur propriété souveraine nécessairement violée par le droit souverain des autres.

L'individualisme absolu, réaction de la liberté trop longtemps opprimée, c'est bien la caractéristique de l'œuvre révolutionnaire. On ne devait pas tarder à apprendre que la liberté absolue est impossible dans un gouvernement civilisé, et ce principe si souvent proclamé, il fallut le violer le lendemain même de sa proclamation.

En matière de propriété le Code civil est la charte de l'œuvre révolutionnaire. L'étude détaillée des principes qu'il contient va nous prouver l'impraticabilité absolue de la conception individualiste.

DEUXIÈME PARTIE

DEUXIÈME PARTIE

CHAPITRE PREMIER

LA NOTION DU DROIT DE PROPRIÉTÉ DANS LE CODE CIVIL

SECTION I

DÉFINITION DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

Les rédacteurs du Code civil ont eu la prétention de donner dans l'article 544 une définition exacte et complète du droit de propriété. « La propriété est le droit de jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse pas un usage prohibé par les lois et règlements. » Cette définition paraît avoir été adoptée sans discussion. La raison en était donnée au tribunat par le tribun Grenier : « On sent au premier abord la justesse de cette définition, déclarait-il, elle rappelle celle qui se trouve dans le droit romain [1]. »

Cette raison, que nous trouverions aujourd'hui bien

1. Fenet, t. XI, p. 158.

insuffisante, était au surplus inexacte. Le droit romain n'avait même pas à l'origine de terme spécial pour désigner le droit de propriété, et les auteurs ne songèrent jamais à définir le *dominium*. Grenier faisait évidemment allusion à la définition courante à cette époque, comme elle l'est encore de nos jours, *jus utendi, fruendi et abutendi,* définition créée de toutes pièces, nous l'avons vu, par nos anciens auteurs français.

Mais il est incontestable que le Code civil se conformait bien à la tradition romaine, qu'il revenait à la conception individualiste et simpliste du *dominium* [1], si bien que l'on a appelé quelquefois la conception du Code civil, *système de la propriété quiritaire.*

Le législateur avait donc la pensée intime qu'il se référait à des notions connues de tous ; cette idée l'a conduit à condenser extrêmement la description du droit de propriété. Portalis, dans la séance du 26 ventôse an XII annonçait au Corps législatif que le projet présenté « définissait la propriété, en fixait les caractères essentiels..., qu'il réglait l'étendue et les limites du droit de propriété [2] ». C'était un beau programme. Comment l'a-t-on rempli ? la réponse de l'article 544 est bien simple : le propriétaire peut tout faire sauf ce qui lui est défendu par les lois et règlements. C'est l'écho de Pothier : le propriétaire peut user de sa chose « comme bon lui semble » [3]. Le tribun Faure, présentant le projet au Corps législatif au nom de la Section de législation, indique lui aussi que le projet a pour but de résoudre cette question : « jusqu'où

1. Accarias, *Précis*, t. I, n° 200. — Pellat, *De la propriété*, p. 1. — Chenon, *Des démembrements de la propriété*, p. 16.

2. Fenet, t. XI, p. 77 et s.

3. Pothier, *Introduction générale aux coutumes*, n° 100. Ed. Bugnet, t. I.

s'étend le droit de propriété ?... Quelles sont les limites de ce droit[1] ? » La réponse ne l'embarrasse pas lui non plus : le droit de propriété est absolu.

De là est sortie la rédaction de l'article 544 sans luttes, sans discussions. Romanistes et coutumiers étaient d'accord ; la définition doctrinale répandue chez tous les auteurs au XVIII^e^ siècle s'imposait sous sa forme tranchante et catégorique. La Révolution, abolissant tous les anciens droits féodaux, avait fait une réalité de l'ancienne formule ; elle était vraie maintenant comme en droit romain ; elle fut adoptée d'un commun accord.

Pendant près d'un siècle cette formule sera considérée comme un véritable axiome juridique. Les auteurs la développent à plaisir ; tous répètent que le propriétaire est seigneur et maître de sa chose, libre d'en faire ce qu'il veut, et d'y faire ce qu'il lui semble bon, libre d'en user et d'en abuser, sans avoir à rendre compte de sa gestion, souverain dans ses limites, jouissant de tous les droits, parce que, suivant Pothier lui-même, « ce droit lorsqu'il est parfait renferme éminemment tous les autres qui n'en sont que des émanations[2] ».

De notre Code civil le principe passe non seulement dans les pays latins, où beaucoup de lois les reproduisent[3], mais aussi dans un certain nombre d'autres pays qui avaient échappé à l'influence prépondérante du droit romain[4], et d'ailleurs le Code prussien de 1794 contenait déjà une définition assez analogue[5]. Dans la doctrine

1. Fenet, t. XI, p. 135.

2. Pothier, *Introduction générale aux coutumes,* n° 100.

3. Code sarde de 1838, art.439. Code italien, art.436. Code espagnol de 1889.

4. Code autrichien de 1811, § 354. Code vaudois de 1819, art. 345. Code hollandais de 1838, art. 625. Code saxon de 1863, § 217.

5. Code prussien de 1794, art. 436. Il y avait donc un précédent, ce qui

étrangère, sauf en Allemagne et en Italie chez quelques auteurs, on répète à l'envie cette définition qui semble aujourd'hui de droit universel. Un illustre économiste, M. de Laveleye, qui a refait toute l'histoire de la propriété foncière, écrit : « Nous ne pouvons guère concevoir la propriété autrement qu'elle n'est constituée par les Institutes ou par le Code civil [1]. » Cette parole est aussi profondément vraie pour les rapports de droit privé que pour l'aspect économique. Si l'on interroge l'opinion commune, elle fait avec le Code civil cette réponse simpliste : la propriété est le droit absolu de faire d'une chose ce qui vous plaît.

Il faut donc nous rendre compte de ce que contient au juste cette définition du Code civil ; il faut la creuser plus profondément puisqu'elle est la base de toutes les théories.

SECTION II

ANALYSE DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

Deux mots dans l'article 544 doivent retenir notre attention parce qu'ils renferment les deux idées essentielles, et qu'ils résument à eux seuls toute la conception du Code civil : le droit de propriété est un droit sur la chose et c'est un droit absolu.

prouve le courant juridique de l'époque. Il est donc étonnant de voir M. Boissonade qualifier d'*inadvertance* la définition du Code civil, d'autant plus que c'est seulement le mot *absolu* qui le choque et qu'au fond il subit l'influence des mêmes idées. — Voy. Boissonade, *Projet de Code civil pour l'Empire du Japon*, Tokio, 1882, t. I, p. 83.

1. De Laveleye, *La propriété et ses formes primitives*, p. 3.

I. Le droit de propriété est un droit sur la chose. — Le Code civil considère tout droit réel comme portant directement sur la chose qui en est en même temps l'objet et le sujet passif. C'est en ce sens que l'article 544 nous dit: la propriété est le *droit de jouir et de disposer d'une chose*[1]. C'est l'élément d'appropriation, de mainmise réelle, de pouvoir de fait, qui est mis ici en pleine lumière.

Ce qui explique cette conception du droit, c'est justement son ancienneté. A l'origine du droit romain on ne dit pas: j'ai un droit de propriété, mais on dit: *hæc res mea est*. Et plus tard lorsque le dialogue des actions de la loi sera transposé dans la formule prétorienne avec les modifications indispensables au changement de formes, nous voyons reproduite dans cette formule la confusion primitive entre le droit et la chose objet du droit[2]. Quand on essaie une classification des biens la même idée reparaît. Tous les droits, dit Justinien, reproduisant Gaius[3], tous les droits sont *res incorporales*, sauf le droit de propriété, parce qu'il y a identité complète de la chose et du droit[4]. Telle a été l'influence de ce petit paragraphe des *Institutes* que l'idée qu'il contient a passé jusque dans notre Code civil; la propriété est considérée comme immeuble ou meuble par nature[5], et les auteurs nous

1. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des Biens*, 1896, p. 9.

2. L'*intentio* de l'action en revendication est ainsi rédigée : *Si paret illum fundum Auli Agerii ex jure Quiritium esse.* Dans les autres *actiones in rem* qui sont postérieures on trouve au contraire les expressions *jus utendi esse, jus utendi fruendi esse...*, etc.

3. Gaius, *Inst.*, II, § 12. — Justinien, *Inst.*, II, 2, § 2.

4. Voy. la critique de cette notion dans Ihering, *Esprit du droit romain*, t. III, p. 126.

5. Articles 518 et 528 C. civ. — Cf. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, 4e éd. 1873, t. II, p. 5.

disent que c'est un bien corporel parce qu' « il absorbe toute l'utilité de la chose [1] ».

La majorité des auteurs ne discutent même pas la question, ils l'admettent comme une vérité absolue [2].

On déclare que ce droit « crée une relation directe et immédiate entre une personne, sujet actif, et une chose sujet de ce droit [3] ». On reprend l'expression de Pothier : « le droit réel existe dans la chose [4] ». On va plus loin encore ; on envisage le droit au point de vue de la chose elle-même, et un auteur en arrive à écrire qu' « un droit est réel, quand, au lieu d'y avoir obligation d'une personne, c'est une chose qui se trouve engagée envers une autre chose ou envers une personne [5] ». Se plaçant au même point de vue, MM. Aubry et Rau définissent le droit réel « le droit en vertu duquel une chose se trouve soumise d'une manière absolue et exclusive à la volonté et à l'action d'une personne [6] ».

1. Aubry et Rau, t. II, p. 2 et note 2.

2. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des Biens*, p. 4. — Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, 1893, t. IV, p. 390. — De Folleville, *Notion du droit et de l'obligation*, p. 89 et s. — Vigié, *Cours élémentaire de droit civil*, 1890, t. I, p. 390. — Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. I, p. 645 et s. — Valette, *De la propriété et de la distinction des biens*, 1879, p. 13. — Proudhon, *Traité de la propriété*, Dijon, 1839, t. I, n° 8, p. 10 et 12. — Mourlon et Demangeat, *Précis*, 13e éd., 1896, t. I, p. 716 et 717. — Marcadé, *Explication du Code civil*, 8e éd., 1886, n° 357, p. 364. — Demante, *Cours analytique de Code civil*, 3e éd., 1896, t. II, n° 350 *bis*, p. 374. — Toullier, *Le droit civil français*, 5e éd., 1830, t. III, n° 84, p. 55. — Delvincourt, *Cours de droit civil*, 2e éd., 1825, t. II, p. 309. — Voy. aussi malgré quelques réserves, Ahrens, *Droit naturel*, 1868, t. II, p. 143, et parmi les auteurs allemands : De Savigny, *Traité de droit romain*, t. I, §§ 53 et 56. — Puchta, *Pandekten*, § 144. — Keller, *Pandekten*, § 111. — Wächts, *Pandekten*, II, § 118.

3. Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, 2e éd., 1861, t. IX, n° 464, p. 360.

4. Laurent, *Principes de droit civil*, 3e éd., 1878, t. VI, p. 92.

5. Lesenne, *De la propriété et de ses démembrements*. Paris, 1858, n° 396, p. 200.

6. Aubry et Rau, t. II, § 190, p. 169.

Remarquons-le, sous prétexte de préciser le sens de l'article 544, on en a modifié singulièrement le caractère, car le Code décrit le droit de propriété par ses attributs bien plutôt qu'il n'en explique la nature, tandis qu'au contraire les auteurs ont prétendu analyser la nature intime du droit. Ont-ils faussé le sens de la loi ? je ne le crois pas. Leurs définitions auraient été acceptées sans hésitation par les rédacteurs du Code civil ; elles sont l'expression même de la pensée du législateur poussée dans ses dernières conséquences.

La propriété étant le droit d'une personne sur une chose, cette chose doit nécessairement être déterminée [1]. On ne concevrait pas que quelqu'un pût exercer un droit de propriété par exemple sur cent hectares de forêts ; car il faudrait admettre qu'il pût choisir lui-même la portion du sol qu'il lui plairait d'occuper, ce qui est manifestement inadmissible. C'est seulement lorsque les hectares achetés auront été individualisés par la tradition que l'acheteur en deviendra propriétaire, parce qu'il sera alors en contact direct avec sa chose.

Sur cet immeuble ainsi individualisé, l'acheteur a un droit et nul autre ne peut en avoir un au même titre. Sans doute il peut y avoir copropriété d'une chose, il y a alors communauté ou indivision ; plusieurs personnes ayant un droit de même nature sur une chose, il y a forcément division de la propriété ou des produits de la propriété. Mais on ne saurait concevoir deux individus ayant chacun un droit égal à la totalité de la chose, parce que, dit-on « le droit réel affecte la chose elle-même, et se trouve par conséquent opposable à tous

1. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des Biens*, n° 5.

ceux qui acquièrent ultérieurement sur la chose des droits réels de même nature ou de nature différente ; ils seront obligés de respecter le *droit qui s'était imprimé sur la chose* à l'époque où ils sont entrés eux-mêmes en contact avec elle ; la *chose ne peut plus s'offrir à eux* que sous la réserve des droits réels dont elle est grevée [1] », on appelle ce droit, *droit de préférence*.

Ce droit sur la chose existe en vertu d'un titre ; ce titre survit à la perte du pouvoir de fait, de la possession ; et le propriétaire peut, en quelques mains qu'il ait passé en fait, reprendre son immeuble ; il n'a pas à s'occuper de qui le détient. Les auteurs disent qu'il exerce un *droit de suite*.

Ce sont là des conséquences logiques de l'idée de *jus in re*, nous verrons plus tard ce qu'il faut en penser ; contentons-nous pour le moment d'affirmer que c'est bien là la conception du Code civil, et que ces caractères marquent bien la distinction essentielle et radicale que l'on a voulu faire entre les droits réels et les droits de créance. Tout récemment, un auteur, défendant cette classification, énumérait une quinzaine de différences [2]. Toutes apparaissent comme des conséquences de cette idée, que l'on ne saurait trop mettre en lumière, parce qu'elle est en un sens le point de départ de tout un système : la propriété porte directement sur la chose qui en est à la fois l'unique objet et l'unique sujet passif.

II. Le droit de propriété est un droit absolu. — Étant le droit le plus complet qui puisse exister sur une chose, la *propriété doit être nécessairement un droit absolu*,

1. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des Biens*, n° 5, p. 8.

2. Olier, *Distinction des droits réels et des droits personnels. Revue critique*, 1896, p. 466.

telle est la proposition qui fut, je crois, la pensée dominante des rédacteurs du Code civil. Ils n'ont pas distingué la propriété des meubles de celle des immeubles, ils ont donné la même définition; c'est donc qu'il y avait pour eux, même origine et mêmes caractères.

Or c'est une doctrine très répandue chez nos anciens jurisconsultes que la propriété est née de l'occupation Justinien, dans ses *Institutes* [1], fait allusion à propos d'un cas particulier (la capture du gibier) à une double conception de la propriété, *jure civili* et *jure naturali;* la première date de la fondation des cités; la seconde est bien plus ancienne ; elle naît de l'occupation, *quod enim ante nullius est, id naturali ratione occupanti conceditur.* On généralisa cette proposition, et elle eût une influence énorme à l'époque où tout texte de Justinien faisait loi [2]. Adoptée très souvent dans notre ancien droit, elle es devenue le fondement d'une théorie de droit international [3]. Son influence n'a pas été moindre en droit privé. On a soutenu que la propriété dérivait de l'occupation, et cette idée semble bien être celle des rédacteurs du Code civil [4]. Joignez à cela l'oubli parfois complet du passé juridique des institutions, et on ne peut être étonné de voir les jurisconsultes considérer la propriété comme un droit naturel, ayant de tout temps existé avec les mêmes caractères. N'est-ce pas Portalis qui disait dans l'*Exposé des motifs* : « Le principe de ce droit est en nous..., il est dans

1. *Inst.*, II, 1, §§ 11 et 12.

2. Voy. Cuq, *Institutions*, t. I, p. 76 et 77. — Summer Maine, *L'ancien droit*, p. 231 et s. — De Laveleye, *La propriété et ses formes primitives*, p. XXVII.

3. Grotius, *De jure belli et pacis*, lib. II, cap. 2, § 5. — Puffendorf, *De jure naturæ et gentium*, tit. IV, chap. 4.

4. Dalloz, *Rép.* V° *Propriété*, n°s 2 et s.

la constitution même de notre être. » Troplong n'aura qu'à tirer une conséquence logique de cette idée pour déclarer que ce droit « est en tout immuable et sacré [1] ».

Nul par suite ne dut être plus parfaitement propriétaire que le premier homme s'emparant d'un champ et le cultivant; nul n'est autant, n'est mieux propriétaire que Robinson dans son île, bâtissant sa maison et défrichant sa forêt. Car le premier qui défricha un champ entendait par cela même : je pourrai faire de ce sol ce qui me plaira et tout ce qui me plaira. Celui qui n'est entouré d'aucuns voisins, qui est seul sur une île, jouit vraiment de son droit dans toute la plénitude des pouvoirs qu'il confère. C'est pour cela que Maynz disait : « Le droit de propriété peut exister abstraction faite de tous les hommes hors le propriétaire [2]. » On en conclut nécessairement que ce droit est « de sa nature un droit exclusif et absolu [3] », un droit « qui est en lui-même illimité [4] », libre de toutes « les imperfections [5] » qui l'atteindront nécessairement plus tard.

Tout homme porte en lui cette image de la propriété libre, car la conception juridique n'est que le reflet de la personnalité humaine dans le domaine des biens matériels. L'homme est une individualité, un *moi;* il a le droit et le pouvoir d'établir un rapport individuel entre lui et les objets extérieurs, en disant : ceci est à moi, en faisant de sa chose comme de sa personne ce qu'il veut, parce que

1. Troplong, *De la propriété d'après le Code civil,* 1848, inséré dans les *Petits traités* publiés par l'Académie des sciences morales et politiques.

2. Roguin, *La règle de droit. Étude de science juridique pure.* Lausanne-Paris, 1889, p. 232.

3. Aubry et Rau, t. II, p. 170.

4. Windscheid, *Pandekten,* 6e éd., t. I, 1887, p. 561. « *Das Eigenthum ist als solches Schrakenlos.* »

5. Pothier, *Traité de la propriété.* — Demolombe, t. IX, n° 548.

« c'est la personnalité humaine qui s'affirme dans le droit de propriété [1] ». Nous sommes propriétaires des choses comme nous le sommes de notre vie, de notre liberté, de notre honneur [2]. « De la personnalité, de l'*être pour soi,* dit Ahrens, découle l'*avoir pour soi,* ou la propriété individuelle privée. Celle-ci est ainsi la manifestation, et en quelque sorte la projection de la personnalité humaine dans le domaine matériel des choses. La propriété a donc sa raison d'existence dans la personnalité [3]. »

Or l'homme qui s'empare d'une chose tend à exercer sur cette chose un empire absolu. C'est ce que M. Boistel appelle l'*instinct de propriété* [4]. Le droit doit sanctionner ce pouvoir exercé sur la terre. Ce pouvoir, l'homme lui donne les caractères de son individualité, et il y affirme les deux traits qui font de lui une activité libre, l'exclusivisme et l'illimitation.

1° *L'exclusivisme.* Il ne souffrira pas tout d'abord qu'aucun autre puisse user de sa chose si peu que ce soit ; il repoussera toute tentative de mainmise sur son bien, comme il repousserait toute attaque sur lui-même. « L'être qui affirme son individualité, dit M. Boistel, doit nécessairement repousser tout ce qui n'est pas lui, ou tout ce qui ne dépend pas de lui. Donc la personne dans son action extérieure doit tendre à repousser de sa sphère tout ce qui n'est pas elle, à écarter toute action étrangère,

1. Accarias, *Précis de droit romain,* t. I, n° 202.

2. Remarquons justement que certains auteurs font entrer dans la catégorie des droits réels le droit à la vie, à la liberté, à l'honneur. Ils s'inspirent évidemment de cette idée. — Cf. Ihering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Fünfte Auflage.* Leipzig, 1892, p. 14, et s.

3. Ahrens, *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit,* 6e éd., Leipzig, 1868, t. II, p. 118.

4. Boistel, *Cours de philosophie du droit,* 1899, t. I, p. 354.

là où son action propre s'exerce [1]. » Il doit se venger des actes accomplis contre sa propriété, comme s'ils l'étaient contre lui-même, et nous savons que la vengeance privée précède et fonde le droit.

2° *L'illimitation.* « Le pouvoir de la personne sur sa nature, dit encore M. Boistel, est dans l'homme illimité ; en droit personne ne peut légitimement gêner ou restreindre l'action de la première sur la seconde... ; par suite sa tendance est de ne subir aucune restriction dans son pouvoir sur les choses extérieures qu'elle s'est unies par l'intermédiaire de sa nature. » Cela se comprend bien facilement. Contre qui va s'exercer le droit du propriétaire ? Contre la chose elle-même, dit-on, la chose non seulement objet, mais encore sujet passif du droit. Mais alors quelle résistance cette chose peut-elle bien opposer à celui qui exerce le droit ? Aucune, il est le maître absolu. Quand nous exerçons un droit contre quelqu'un qui est notre débiteur, ce droit est strictement limité, parce que nous tendons par l'exercice de notre activité à restreindre la liberté d'un autre ; on comprend par suite qu'un droit de créance ne saurait être illimité. Si nous pouvions exercer contre un autre individu un droit absolu, cet individu serait notre esclave ; or justement on a sur ses esclaves un droit de propriété, non un droit de créance. Nous saisissons bien ici la différence : je puis exiger de quelqu'un un service personnel ; je suis son créancier d'une obligation de faire ; il est mon débiteur ; mais si je stipule de lui qu'il me rendra tous les services que je voudrais, je deviens son maître, son propriétaire, il est ma chose. Tout droit qui devient illimité devient droit de propriété ; et cela

1. Boistel, *Cours de philosophie du droit*, t. I, p. 354.

justement, parce que le sujet passif du droit n'a pas d'activité, pas de liberté à opposer au sujet actif. Sans doute la loi positive peut intervenir, imposer des limites au droit du propriétaire dans l'intérêt général ou l'intérêt des voisins ; la propriété est alors restreinte, imparfaite, mais de droit naturel, elle est libre, exclusive, illimitée et absolue.

Voilà, selon nous l'idée directrice du Code civil. Nous avons vu dans la première partie de cette étude comment cette idée s'est formée historiquement ; nous venons de voir à quelle conception du droit elle correspond. A la question posée : quels sont les actes qu'un propriétaire peut faire sur son fonds, le Code civil répond : il peut tout faire. Il faut immédiatement ajouter, à condition de rester dans les limites de son fonds, ce qui nous amène à préciser l'étendue matérielle du droit de propriété.

SECTION III

LIMITES MATÉRIELLES DE LA PROPRIÉTÉ

Toute propriété a des limites déterminées par le titre d'acquisition. Si elles sont indécises, on peut les préciser au moyen du bornage (art. 646). Chaque propriétaire connaît par conséquent la ligne idéale, à laquelle s'arrête son droit ; souverain absolu à l'intérieur de ses limites, il n'a pas le droit de dépasser la borne, même d'une manière insignifiante. Le principe est donc ici bien facile à appliquer.

La difficulté apparaît seulement quand, à côté de la limitation en surface, on recherche, pour parler comme les géomètres, la limitation en volume, c'est-à-dire jusqu'où

s'étend le droit de propriété en profondeur et en hauteur.

I. Étendue en profondeur. — Le droit du propriétaire s'exerce sur le sol, mais s'étend-il au-dessous du sol? La réponse ne saurait faire de doute. Le droit ne saurait être limité à la surface ; pour planter, pour bâtir, il faut creuser le sol, utiliser le tréfonds ; pratiquement on ne peut concevoir un droit qui ne comprendrait que la surface, sans s'appliquer ni au-dessous ni au-dessus.

Mais alors où va s'arrêter la propriété? Théoriquement on peut la concevoir comme aboutissant au centre de la terre. On dresse quelquefois des cartes géographiques, montrant la configuration d'un pays sous la forme d'une pyramide très irrégulière dont le sommet est au centre de la terre ; ainsi pourrait-on tracer le plan de chaque propriété. Selon l'expression des anciens, le droit s'étend *usque ad inferos*. L'exagération semble manifeste ; on décrète propriété privée une chose qui n'est pas et ne peut pas être occupée ; mais la logique a de ces exagérations. L'article 552 déclare expressément que la propriété du sol emporte propriété du dessous ; tant qu'il y a une substance susceptible d'occupation, il peut y avoir propriété. Et l'on ne saurait jamais dire que le droit ne présente aucune utilité ; car nul ne peut savoir où s'arrêteront les progrès de la science, et à quelles profondeurs l'homme pourra parvenir un jour. Si on conteste un droit aussi étendu, il faut nécessairement fixer une limite, et quelle limite? Aussi décide-t-on que la propriété du sol « s'étend jusqu'aux limites extrêmes que l'homme peut atteindre [1] ». A mesure que les limites reculent, l'homme peut exercer son droit ; mais il n'en préexistait pas moins à tout exercice.

1. Planiol, *Traité de droit civil*, 1900, t. I, n° 1100.

Au propriétaire du sol appartiennent donc toutes les richesses naturelles que le sol contient, notamment les minerais. Ce n'était pas un principe universellement reconnu dans notre ancien droit, et la législation révolutionnaire ne l'admit pas complètement. La loi des 12-29 juillet 1791 ne considère pas la mine comme rattachée forcément à la propriété du sol ; ce fut l'esprit de domination de l'État qui l'emporta ici ; on décida que les mines seraient à la disposition de la nation. Mais le courant qui entraînait les idées juridiques vers l'omnipotence du droit de propriété réussit aussitôt à faire passer la règle que le propriétaire pouvait les exploiter librement jusqu'à cent pieds de profondeur, et même au delà avec la permission du gouvernement. Le droit de la nation devenait nominal.

La loi du 21 avril 1810 fut rendue nécessaire par le morcellement excessif des gisements miniers et leur mauvaise exploitation, qui en était la conséquence. Napoléon prit une grande part à la discussion : il tenait beaucoup au respect de son Code civil, et il lui apparût tout d'abord qu'il fallait absolument respecter le principe de l'article 552. Mais comment concilier le principe avec l'intérêt général, qui exigeait absolument une exploitation intensive et perfectionnée des gisements miniers? On prononça par hasard devant l'Empereur le mot d'*expropriation* [1] ; ce fût pour lui un trait de lumière ; il avait trouvé la conciliation qui semblait impossible entre les droits de l'État et ceux de l'individu [2]. Désormais le gouvernement concèdera la mine à qui il voudra ; mais pour cela il expropriera le propriétaire, et celui-ci recevra une indemnité. Dès lors il n'est pas tout à fait exact de dire que « les mines sont depuis

1. Planiol, t. I, n° 1100.
2. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, p. 231.

1810 des choses non appropriées que les particuliers peuvent acquérir non par occupation, mais par une concession de l'État [1] », car ce serait méconnaître la pensée du législateur. Sans doute en fait il en est ainsi ; l'indemnité versée au propriétaire est dérisoire ; elle ne représente pas du tout les avantages qu'on lui enlève ; elle n'est pas préalable ; il y a donc une expropriation d'un genre tout à fait particulier. Mais si les commentateurs du Code civil qui déclarent que la propriété s'étend *usque ad inferos* veulent être logiques avec eux-mêmes, il faut bien déclarer que la mine appartient en principe au propriétaire, et que la concession la lui enlevant pour la donner à un autre constitue une véritable expropriation.

La conséquence de cette expropriation est la superposition de deux propriétés ; la mine constitue une propriété immobilière distincte de la surface. Le propriétaire du sol conserve son droit sur l'espace intermédiaire compris entre la surface et les gisements concédés [2]. Il dérive donc de cette situation de fait, une situation juridique très curieuse ; la superposition de deux propriétés, un voisinage spécial en profondeur.

Une situation analogue, et qui peut être même plus compliquée, se rencontre quand la propriété d'une maison est divisée par étages. Le propriétaire de chaque étage a des voisins tout autour de lui dans les maisons contiguës, une propriété distincte au-dessus de lui, une autre au-dessous. Son immeuble est ainsi encastré dans les propriétés voisines. Et si l'on suppose une telle maison construite sur un sol dont le tréfonds est concédé comme mine, on voit à quelle superposition de propriétés on peut arriver.

1. Planiol, t. I, n° 1103.
2. Planiol, t. I, n° 1114.

Mais sauf ces cas exceptionnels, il faut maintenir le principe : toute propriété du sol emporte propriété du dessous *usque ad inferos*.

II. Étendue en hauteur. — Ici la question se complique un peu. Au-dessus du sol nous avons l'air atmosphérique ; or cet air n'est pas à proprement parler susceptible de propriété privée, il est *res communis*. Pourtant il faut nécessairement reconnaître à chaque propriétaire un droit exclusif sur l'espace atmosphérique qui existe au-dessus de son fonds. Il doit en effet avoir le droit de planter, de bâtir ; il doit pouvoir empêcher son voisin d'élever une construction en saillie sur son fonds, de jeter un pont au-dessus de son immeuble ; il ne le pourra que si on lui reconnaît la propriété de l'atmosphère. Il faut assurer au propriétaire une protection et une sûreté juridiques, absolument indispensables à l'exercice de son droit. Qu'importent dès lors toutes les objections théoriques ?

Elles n'ont pas manqué : Weremberg a discuté le principe [1]. Ihering a réfuté Weremberg [2]. Si l'on écarte les textes de droit romain invoqués de part et d'autre, et qui ne sauraient plus avoir aucune portée, la discussion se ramène à bien peu de chose. L'air est *res communis*, l'espace ne peut être objet de propriété parce que la propriété exige un objet substantiel, tel est en définitive l'unique argument de Weremberg.

Sans doute l'air est *res communis*, mais l'eau également, et pourtant le propriétaire du sol est propriétaire des

1. Weremberg, *Jahrbücher*, vol. VI, n° 1.

2. Ihering, *Zur Lehre von dem Beschränkungen des Grundeigenthümes im Interesse der Nachbarn. Jahrbücher für die dogmatik des römischen und deutschen Privatrechts*, vol. VI, 1862. Trad. de Meulenaëre, *Des restrictions imposées aux propriétaires fonciers dans l'intérêt des voisins. Œuvres choisies*, 1893, t. II, p. 106.

sources qui jaillissent sur ce sol. La propriété exige un objet substantiel ! Pourquoi ? Le propriétaire n'at-il pas le droit d'empêcher toute atteinte à son espace atmosphérique ? Oui évidemment ; donc il est propriétaire ; il ne retire pas de l'air la même utilité que du sol, voilà tout.

Le Code civil n'a pas hésité à décider que la propriété du sol emporte propriété du dessus [1], et les auteurs déclarent que le droit s'étend *usque ad cœlum* [2].

En pratique une question délicate s'est présentée pour la pose des fils télégraphiques et téléphoniques. Le propriétaire d'un fonds peut-il empêcher l'administration ou un particulier de suspendre un fil au-dessus de son fonds ? La jurisprudence s'est prononcée pour l'affirmative [3]. Il ne suffit pas en effet de dire : ce fil ne gêne en rien le propriétaire, il ne lui cause aucun dommage, pas d'intérêt, pas d'action. Si son droit de propriété a été véritablement violé, il peut agir ; son intérêt, c'est la violation de son droit. Mais si l'on admet ainsi comme possible toute violation même idéale du droit de propriété, pourquoi ne pas pousser les conséquences plus loin ? Dans quelques années nous pouvons nous attendre à voir la question se poser pour les ballons dirigeables. Si les auteurs restent fidèles à leur principe, ils devront forcer l'aéronaute au respect absolu des lignes idéales marquant dans les airs

1. Code civil, art. 552 et arg. art. 673, § 1.

2. Huc, t. IV, n° 127. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 337. — Laurent, t. VI, n° 327. — Dalloz, *Rép.* V° *Propriété*, n° 166 et *Nouveau Code civil annoté*, 1901, art. 552, n° 7.

3. Cette jurisprudence a motivé la loi du 28 juillet 1885, obligeant les particuliers à supporter l'établissement des lignes télégraphiques et téléphoniques sur leurs fonds.

La question s'est posée aussi pour la chasse. Un arrêt de la Cour d'Amiens du 19 février 1896 (S. 96.2.129) condamne un chasseur qui avait tué un faisan au vol au moment où il volait sur le fonds voisin.

les limites de la propriété ! De pareilles conséquences jettent des doutes singuliers sur la valeur du principe.

Maintenons-le pour le moment, puisqu'il est certain que c'est bien là la conception des rédacteurs du Code civil. Nous sommes arrivés à cette conclusion qu'en principe la propriété n'est pas limitée en profondeur ou en hauteur, qu'elle l'est au contraire toujours et nécessairement en étendue. Nous avons ainsi situé le droit.

SECTION IV

THÉORIE DE L' « IMMISSIO » CORPORELLE

Exercer un droit absolu à l'intérieur de ces limites, tel serait pour certains jurisconsultes l'idéal du droit de propriété. Mais il ne pourrait en être ainsi que s'il n'y avait aucune autre propriété derrière ces limites, ce qui est une fiction. Il faut donc tenir compte pour déterminer les actes qu'un propriétaire peut faire de l'encastrement de son immeuble au milieu des fonds voisins.

Tout acte de l'homme a nécessairement une répercussion sur les autres membres de la même société, et plus spécialement tout acte du propriétaire rejaillit forcément sur ses voisins. Les exemples seraient faciles à multiplier ; je construis une maison sur la limite de mon fonds ; les eaux pluviales recueillies par le toit tomberont sur le sol voisin ; je plante des arbres près de mes bornes ; les branches dépasseront la ligne idéale de séparation et s'étendront sur le fonds voisin ; j'installe une usine ; le voisin sera forcé d'en subir l'odeur et la fumée. Aucun acte du propriétaire ne saurait être indifférent à son voisin.

Faut-il dès lors maintenir quand même le principe, et décider que le propriétaire peut tout faire sur son immeuble?

On l'a soutenu. En Allemagne, Spangenberg s'est fait le champion de cette idée [1]. A condition, dit-il de ne pas dépasser les limites naturelles de son fonds, chaque propriétaire est souverain; il faut considérer chaque fonds comme isolé dans l'espace; le propriétaire peut ignorer ce qui se passe au delà de ses limites. Il peut repousser toute personne qui essaie de s'introduire sur son sol, toute chose extérieure qui viendrait tomber sur sa propriété. Mais son droit s'arrête là, et il est tenu de subir toutes les conséquences des actes des voisins, tant qu'il n'y a pas empiètement matériel.

Le système est d'une brutale simplicité. On a prétendu que cette réglementation simpliste était celle du droit romain. *In suo hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat,* disaient les jurisconsultes romains [2]. C'est l'*immissio*, c'est-à-dire l'atteinte matérielle à la propriété voisine, qui seule est défendue et on appelle cette théorie, *théorie de l'immissio corporelle.*

Ce n'était pas du tout, nous l'avons vu, la théorie romaine, et nous n'insistons pas sur l'argument de texte. Il pouvait être utilement discuté à l'époque où le droit romain servait de droit commun général à toute l'Allemamagne ; il n'aurait plus aucun intérêt aujourd'hui. Au surplus, c'est par une généralisation maladroite d'une solution de détail que l'on est arrivé à proclamer un principe aussi général.

Mis en présence de la pratique, ce système ne peut résister un seul instant. Son application que l'on préconise

1. Spangenberg. Cité par Ihering, *Œuvres choisies,* t. II, n° 11, p. 127.
2. *Dig.,* VIII, 5, 8, § 5.

comme si simple est en réalité absolument impossible, Ihering n'a pas eu de peine à le démontrer[1]. Cette théorie conduit à deux extrêmes :

1° D'un côté, elle va beaucoup trop loin et il est absolument impossible dans la vie pratique de réprimer toute *immissio* du voisin. Comment pourrez-vous empêcher les eaux qui tombent sur le fonds voisin de s'écouler chez vous, les feuilles détachées de ses arbres de venir joncher votre sol, la fumée de son feu de venir ternir la pureté de votre atmosphère ? Comment empêcher tous ces rapports nécessaires entre parcelles semblables, qui ne sont pas séparées par la nature, mais par d'idéales limites !

2° D'un autre côté, cette thèse qui semble si tutélaire pour la propriété individuelle la protège en réalité bien insuffisamment. Ce ne sont pas toujours les atteintes matérielles qui sont le plus préjudiciables. Est-il donc permis d'établir chez soi un établissement industriel, d'ébranler le sol par la trépidation des machines, l'atmosphère par le bruit incessant des rouages, d'empêcher tout séjour dans les maisons voisines par la chaleur qui se dégage des hauts-fourneaux, de détruire toute culture sur les terres limitrophes par les gaz et les odeurs délétères qui s'en échappent ? Ce sont alors les plus graves empiètements que l'on permet sous le couvert d'une illusoire protection.

En vain apporte-t-on des restrictions à la théorie primitive ? Spangenberg notamment n'interdisait que l'*immissio* résultant du fait de l'homme, par exemple si on dispose un tuyau de cheminée de manière à ce que la fumée pénètre chez le voisin. Cette petite amélioration fait perdre à la

1. Ihering, *op. cit. Œuvres choisies*, t. II, p. 128 et 129.

théorie sa base logique et n'ajoute rien à la protection de la propriété.

Ce système porte en lui-même un vice capital : « il ne saisit que ce qui est purement extérieur[1] » dit Ihering, tandis qu'en réalité « la manière dont se produisent les atteintes médiates ne fournit pas le moindre point de repère pour en déterminer les principes [2] ».

Aussi, même les auteurs qui défendent l'idée d'un droit de propriété naturel, libre et absolu, ne se sont pas ralliés à cette solution. Ils constatent, avec quelque regret semble-t-il, qu'on ne saurait s'en tenir à la conception du droit naturel, que la vie en société impose forcément des restrictions à tout droit. A un point de vue plus général, l'homme est bien naturellement libre ; tant qu'il ne blesse pas les préceptes de morale qui lui sont dictés par sa conscience, il devrait pouvoir faire ce qui lui plaît ; mais il est entouré d'autres individus, son activité doit en subir nécessairement des atteintes. Celui qui agit sans frein, qui affirme son individualité sans souci de ses semblables, c'est le tyran, c'est-à-dire l'être au-dessus de la loi ; il n'est pas personne juridique, parce qu'il n'est soumis à aucune sanction civile ou pénale. Or la théorie dite de l'*immissio corporelle* est la théorie du propriétaire tyran. Il ne peut même pas y avoir un seul propriétaire qui ait un pareil droit, parce qu'il serait alors au-dessus de la loi. Il n'aurait pas un droit de propriété ; il aurait un droit de souveraineté.

En pratique, il ne peut donc pas y avoir de droit absolu, parce que le droit suppose nécessairement le conflit d'activités, la rencontre d'individualités différentes ; il faudrait

1. Ihering, *op. cit. Œuvres choisies*, t. II, p. 128.
2. Ihering, *ibid.*, p. 129.

par conséquent qu'il y ait plusieurs droits semblables ; or cela ne peut être, car deux absolus ne sauraient coexister.

Les auteurs classiques reconnaissent bien volontiers que la définition du Code civil a besoin de cette précision ; ils déclarent avec Pothier que le propriétaire ne peut exercer son droit qu'autant qu'il n'est pas incompatible avec le droit semblable du voisin. En fait, disent-ils, la législation civile est venue apporter des restrictions nécessaires à l'absolutisme du droit naturel.

Est-il besoin d'insister sur la fausseté d'un pareil point de vue ? Il n'y a pas de droit naturel, commandant une telle conception de la propriété ; ce sont là pures métaphores qui ne correspondent à rien. La démonstration historique en a été faite surabondamment. Loin de multiplier les restrictions au droit absolu du propriétaire, la civilisation a au contraire développé le caractère individualiste du droit.

En réalité les auteurs ont recueilli dans notre ancien droit cette conception de droit naturel, sans bien saisir le sens qu'elle avait alors. Elle n'était autrefois que le masque derrière lequel se cachaient tous les projets de réformes et toutes les raisons vraies que l'on hésitait à donner. Les juristes d'alors voyaient la propriété embarrassée dans mille entraves, soumise à d'innombrables sujétions ; ils réclamaient sa liberté au nom d'un droit naturel dont ils forgeaient eux-mêmes les lois. Ces idées eurent leur plein épanouissement pendant la Révolution ; rien d'étonnant par conséquent qu'elles aient inspiré la rédaction du Code civil. Le droit naturel n'a été que le moyen employé pour réclamer des réformes désirables. Peu importe par suite l'idée qui a guidé le législateur, peu importe

le moyen, lorsque le but est rempli. Il ne faut pas attacher à ces conceptions théoriques plus d'importance qu'elles n'en ont en réalité.

Contentons-nous de retenir que c'est bien là la véritable pensée législative dans le Code civil. Nous pourrons en déduire d'utiles explications.

Nous allons aborder maintenant le fond de notre sujet : mais il était indispensable, pour bien saisir le problème, de préciser la notion du droit de propriété dans le Code. Il fallait décrire le sujet juridique. Voyons maintenant les rapports qui vont s'établir entre ces différents fonds, sujets juridiques de droits semblables.

CHAPITRE II

ORGANISATION LÉGALE ET CONVENTIONNELLE DES RAPPORTS DE VOISINAGE

On ne peut maintenir le principe d'un droit absolu reconnu au propriétaire qu'en y apportant certaines restrictions ; le cantonnement absolu de chacun dans les limites de son droit « amènerait la mort de la propriété [1] », dit Ihering, « elle succomberait à ses propres conséquences [2] ».

Il y a donc nécessairement des atteintes médiates que l'on ne sera pas obligé de souffrir sans recours, c'est-à-dire qu'il ne suffit pas qu'un acte soit accompli entièrement dans les limites matérielles d'un fonds, pour que son auteur puisse en négliger toutes les conséquences.

Inversement il y a des atteintes immédiates et matérielles que le propriétaire devra supporter dans les limites où la loi et les conventions privées l'auront décidé. On ne peut en effet utiliser complètement un fonds sans user parfois de certains avantages qui se rattachent pourtant à la propriété d'un autre fonds ; on ne peut en reti-

1. Ihering, *op. cit. Œuvres choisies*, t. II, p. 114.
2. Ihering, *ibid.*, p. 113.

rer tous les bénéfices si on l'isole complètement. « L'emploi d'un fonds implique régulièrement l'usage antérieur, simultané ou conséquent des fonds avoisinants [1]. »

Mais pour pouvoir exercer de pareils droits, il faut une reconnaissance expresse de la loi civile. C'est une nécessité imposée par l'organisation sociale. Le droit de propriété se trouve restreint, amoindri. « Le propriétaire, dit M. Picard, partage avec un tiers la domination légale sur la chose : il en cède un fragment et conserve une propriété mutilée, un Rapport aminci [2]. » La terre naturellement libre est soumise désormais à un droit; elle devient esclave ; et le mot de servitudes reprend son véritable sens.

Nous devons examiner quels sont les différents rapports qui peuvent exister entre les propriétés voisines.

L'État a le droit, par conséquent le devoir, de limiter le droit de chaque propriétaire dans l'intérêt général. Cet intérêt peut être d'ailleurs purement fiscal (interdiction de la culture du tabac), ou bien au contraire la défense peut être motivée par des considérations d'hygiène publique (établissements insalubres, règlements sur le nombre d'étages des maisons), de protection nationale (constructions dans le voisinage des forts), de prospérité et d'utilité générale (certaines obligations des riverains de voies ferrées). Ces limitations de la propriété s'imposent à tous les justiciables et sont édictées dans l'intérêt de tous. L'Etat représentant la collectivité a le droit de les faire respecter, alors même qu'il ne résulterait de leur violation aucun préjudice pour personne en particulier. Nous n'avons donc pas à nous en préoccuper.

1. Ihering, *op. cit. Œuvres choisies,* t. II, p. 114.
2. Picard, *Le droit pur.*

Certaines d'entre elles pourtant, par exemple la défense d'ouvrir sans autorisation un établissement insalubre, l'interdiction d'élever une construction au-dessus d'un certain nombre d'étages, semblent bien inspirées par un désir de protection à l'égard des voisins. On dit bien : elles sont motivées par l'intérêt public, on veut sauvegarder la salubrité et la sécurité publiques. Soit, mais en fait cet intérêt public apparaît comme étant surtout celui des propriétaires voisins et non d'un citoyen quelconque. Peu importe aux habitants d'un quartier qu'à l'autre extrémité de la ville on ait établi une industrie dangereuse; on pourrait même dire qu'ils y ont intérêt ; ils bénéficieront en effet de l'augmentation générale de productivité, du développement de l'industrie dans la ville, sans avoir à souffrir aucun inconvénient.

Pourtant l'étude de ces limitations ne rentre pas non plus dans notre cadre et cela pour plusieurs raisons. Il ne s'agit plus en effet d'un conflit d'intérêts privés. L'État prend ici des mesures préventives en vertu de son droit de puissance publique ; il n'y a pas de dommage causé donnant lieu à une action et pouvant motiver une réparation. Le dommage peut très bien ne pas exister ; il serait possible qu'on parvint à établir cette industrie en prenant des précautions qui éviteraient toute plainte des voisins. L'administration ne s'en occupe pas. Elle est placée au-dessus des intérêts particuliers et de ce fait les mesures qu'elle impose ont un caractère tout spécial.

En second lieu, la mesure prise profite bien à tous les citoyens en un certain sens, c'est que le dommage éprouvé n'est pas subordonné à la condition d'une possession de droits sur une chose voisine. Ainsi, si je bâtissais une maison de quinze étages, ce seraient les voisins qui se-

raient les premiers à en souffrir, mais il n'y en aurait pas moins un danger et un inconvénient pour le premier venu qui passe dans la rue ; si je pouvais installer librement sur mon fonds un établissement insalubre, je nuirais non seulement à mes voisins immédiats, mais encore à tous ceux qui séjournent dans les rues, places et endroits publics du voisinage.

Pour ces deux raisons, nous n'avons pas à approfondir davantage la nature et les caractères de toute une série de limitations qui sont bien imposées par l'Etat aux propriétaires fonciers en leur qualité de propriétaires, mais qui le sont dans l'intérêt général et non pas seulement dans l'intérêt de ceux qui les environnent. Nous devons nous borner pour rester dans le cadre de notre sujet à étudier l'organisation des rapports entre les fonds voisins.

Un double moyen s'offre pour concilier les droits respectifs et rivaux des propriétaires voisins ; la réglementation légale et la liberté des conventions. Il y a donc au point de vue de leur source deux catégories de droits.

Le Code civil, dit-on, en reconnaît une troisième. Si nous nous reportons en effet à la division des servitudes dans le Code civil, nous voyons une triple classification : 1° les servitudes qui dérivent de la situation naturelle des lieux ; 2° les servitudes légales ; 3° les servitudes qui dérivent du fait de l'homme. On reconnaît en général qu'il y a là un vice de classification : les servitudes qui dérivent de la situation des lieux sont des servitudes légales [1]. Certains auteurs ont fait ce que n'a pas fait la loi ; ils en ont traité dans un chapitre unique [2]. Des Codes étrangers,

1. Huc, t. IV, n° 261. — Aubry et Rau, t. III, § 238, p. 2, note 3. — Demante, t. II, n° 488. — Mourlon, t. I, n° 1664. — Chénon, *Des démembrements de la propriété*, p. 156.

2. Zachariæ, t. II, p. 39 à 43. — Toullier, t. II, n°s 484 et 485.

quoique directement inspirés par le Code Napoléon, par exemple le Code civil italien, n'ont pas reproduit cette distinction [1].

On a cru pourtant trouver une raison pour la défendre ; les servitudes naturelles existeraient en dehors de toute loi [2], parce qu'elles sont « écrites sur le sol [3] », qu'on peut les expliquer « en fermant le Code [4] » ; « elles sont invariables, c'est la nature qui les a marquées [5] ». Les servitudes légales sont bien déterminées elles aussi par la situation des lieux, car il ne sert de rien pour justifier un droit de dire qu'il est légal ; toute loi a sa raison d'être. Il y aurait donc des servitudes plus naturelles que les autres, s'imposant d'une façon plus impérieuse.

Nous ne nions pas que ce soit la pensée des rédacteurs du Code civil [6] ; ils estiment en effet certaines servitudes plus indispensables que d'autres à l'exploitation des fonds. Mais nous nous refusons à voir dans cette classification aucun intérêt pratique. M. Planiol [7] a cru en découvrir un au point de vue de l'indemnité à accorder : le propriétaire tenu de subir une servitude légale devrait être indemnisé, tandis qu'au contraire il serait obligé de subir sans compensation l'exercice des servitudes naturelles. Mais alors, M. Planiol est bien obligé de reconnaître absolument fausse la répartition faite par le Code civil : supposons un

1. Huc et Orsier, *Le Code civil italien* et *le Code Napoléon*, 1868, t. I, p. 143.

2. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des Biens*, n° 817. — Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. I, n° 164.

3. Demolombe, t. XI, n° 7.

4. Solon, *Traité des servitudes réelles*, 1837, p. XIII.

5. Gavini de Campile, *Traité des servitudes*, t. II, 1856, p. 48.

6. Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. XII, sect. 1, n° 5. Ed. Remy, t. I, p. 328, ne distinguait pourtant que les servitudes naturelles et celles « que les hommes établissent ».

7. Planiol, *Précis*, t. I, n° 1827.

fonds qui n'ait aucune issue sur la voie publique, et « fermons le Code » ; nous accorderons nécessairement sur le fonds voisin un droit de passage en permettant l'accès. Or justement le Code civil classe la servitude de passage en cas d'esclave parmi les servitudes légales. En réalité toutes ces servitudes sont légales et toutes dérivent de la situation des lieux.

Il n'y a donc que deux sources juridiques pour tous les rapports qui peuvent être établis entre deux fonds, la loi, la convention [1]. La loi détermine certains rapports ; les particuliers peuvent les modifier à leur guise ; les servitudes conventionnelles complètent ou remplacent la loi ; elles aboutissent à l'individualisation du droit de voisinage, et Ihering dit qu'elles sont « au droit de voisinage légal, ce que le testament est à la succession *ab intestat* [2] ».

Le problème de l'organisation des rapports de voisinage se ramène à cette question : comment peut être réglé légalement ou conventionnellement le conflit forcé entre des individus possédant des droits sur des immeubles voisins ? Quels sont les différents genres d'obligations auxquelles un propriétaire peut être assujetti ? Supposons par exemple une maison et un jardin contigus ; quels sont les obligations qui peuvent peser sur le propriétaire du jardin ? On en comprend trois séries différentes : 1° il sera obligé

1. Le Code civil ne dit pas servitudes conventionnelles, mais servitudes *du fait de l'homme*. Il vise en effet outre la convention deux modes d'acquisitions spéciaux, prescription et destination du père de famille. Mais en définitive il y a là ou bien une présomption légale de convention, ou bien une reconnaissance légale sous certaines conditions. La classification du Code civil peut être meilleure au point de vue pratique, car elle distingue les droits d'après leur généralité d'application ; mais si on se place au point de vue théorique de leur source, on peut soutenir qu'il n'y a que deux divisions à faire, la loi et la convention.

2. Ihering, *Esprit du droit romain*, t. II, p. 227.

d'accomplir un acte dans l'intérêt du voisin ; 2° il sera obligé de laisser son voisin accomplir un acte sur son jardin ; 3° il sera obligé de ne pas faire lui-même certains actes sur son fonds [1].

SECTION I

OBLIGATION D'ACCOMPLIR UN ACTE DANS L'INTÉRÊT DU VOISIN

Le propriétaire du jardin peut être obligé de faire un acte profitable au propriétaire de la maison, par exemple lui fournir du bois pour l'entretien du feu de ses cheminées.

Supposons d'abord qu'il intervienne entre eux la convention suivante: X..., propriétaire du jardin fournira par an tant de stères de bois à Z..., propriétaire de la maison. Y a-t-il là constitution d'une servitude? Évidemment non. Il s'agit en effet de rapports personnels entre deux individus quelconques, et non de rapports entre propriétaires; la circonstance qu'ils sont voisins n'ajoute rien à l'obligation qui les lie, et qui d'ailleurs est en elle-même parfaitement valable.

Supposons maintenant que le propriétaire du jardin se soit engagé pour lui et tous ses ayants cause à livrer toutes les années tout le bois coupé dans le jardin au propriétaire de la maison. Ici l'obligation nous apparaît bien comme liée du côté passif à la propriété ; tous ceux qui acquerront plus tard le jardin seront tenus à la même prestation. Mais ce n'est pas encore là une servitude,

1. *Comp.* Roguin, *La règle de droit*, p. 299.

parce que, du côté actif, c'est un individu quelconque qui peut profiter de l'obligation ; le fait qu'il est actuellement propriétaire d'une maison voisine est un fait accidentel ; sa créance survivra à un transfert de la propriété de la maison.

Lions enfin des deux côtés l'obligation à la propriété. Convenons que tout propriétaire du jardin devra fournir à tout propriétaire de la maison le bois nécessaire pour chauffer cette maison. Cette convention est-elle valable ? et si elle l'est, quel droit crée-t-elle ?

Toute convention qui réunit les conditions de consentement exigées par la loi est valable en principe, sauf si elle est contraire à l'ordre public, c'est-à-dire s'il y a un texte qui en prononce ou dont on peut en induire la nullité. Telle doit être la base de la discussion.

Y a-t-il un texte ? On pourrait opposer l'article 638 : « La servitude n'établit aucune prééminence d'un héritage sur l'autre ». Ce texte est en réalité un simple rappel de l'abolition de toutes les institutions féodales qui établissent une certaine hiérarchie entre les héritages ; il ne faut lui donner qu'un sens purement historique ; la suppression des droits féodaux soulève encore en 1804 quelques difficultés, et le législateur tient à rappeler nettement les principes posés par la Révolution.

On a pourtant voulu donner à ce texte un but plus pratique et une force réglementaire. On dit qu'il a été écrit pour interdire le rétablissement de certains droits dont on ne voulait pas tolérer la résurrection. Et, remplaçant dans l'article 638 le terme d'héritage par son représentant légal, c'est-à-dire le propriétaire, on soutient que cet article interdit toute convention qui établirait une prééminence d'un propriétaire sur l'autre. Or c'est bien à cela qu'aboutit

notre convention ; elle se résoud en un louage de services déterminés, obligation de couper ou de faire couper le bois et de le fournir. L'article 1780 décide que l'on peut engager ses services qu'à temps ; or notre obligation aurait pour but, non seulement un engagement à perpétuité du débiteur lui-même, mais encore un engagement qui s'imposerait successivement à tous les propriétaires du jardin. On pourrait aussi arriver à rétablir tous les droits féodaux qui ne sont autre chose que des services personnels, et l'on en arrive à stipuler des voisins pauvres qu'ils battent leurs étangs pour empêcher le coassement des grenouilles. Certains auteurs croient avec effroi voir réapparaître l'ancien régime tout entier.

Il faut ramener le raisonnement à de plus justes proportions. Toute convention entraîne forcément prééminence d'une personne sur une autre, le créancier a toujours une situation meilleure que le débiteur, et s'il a stipulé une obligation de faire il peut lui imposer l'accomplissement d'un acte. La loi permet l'engagement des domestiques ; or qui peut nier la prééminence du maître ; le mot même de serviteur l'indique suffisamment. On peut donc toujours s'engager soi-même, même pour toute sa vie, s'il s'agit d'une entreprise déterminée[1]. Mais on ne peut engager que soi ; voilà pourquoi une pareille convention ne saurait être valable.

Les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes (art. 1165) ; les obligations ne passent ni activement, ni passivement aux successeurs à titre particulier. Sans doute, celui qui achète un fonds l'achète dans l'état où il se trouve avec les charges qui le grèvent[2] ;

1. Arg. a contrario, art. 1780, § 1er.
2. Planiol, *Précis*, t. II, n° 1233.

mais il faut se demander alors si l'obligation était liée à la propriété du fonds. Dans l'hypothèse particulière que nous avons prise comme exemple la négative s'impose, et voilà pourquoi l'article 637 déclare qu'il n'y a servitude que lorsqu'il y a « charge imposée sur un héritage pour l'usage et l'utilité d'un héritage appartenant à un autre propriétaire », et l'article 686 § 1er précise : « Il est permis aux propriétaires d'établir sur leurs propriétés ou en faveur de leurs propriétés telles servitudes que bon leur semble, pourvu néanmoins que les services établis ne soient imposés ni à la personne, ni en faveur de la personne, mais seulement à un fonds et pour un fonds, et pourvu que ces services n'aient d'ailleurs rien de contraire à l'ordre public. »

On en conclut qu'aucune servitude ne peut consister *in faciendo,* c'est-à-dire en une prestation personnelle imposée au propriétaire du fonds comme tel [1].

Cette décision est très ancienne ; on l'extrait du droit romain ; elle était reproduite par notre ancien droit, qui, comme nous l'avons dit, oubliait volontiers dans ses définitions doctrinales les droits qui n'y correspondaient pas exactement. Nous en éprouvons quelque gêne pour l'attaquer. Pourtant, présentée ainsi sous forme de proposition très générale, elle ne nous paraît pas exacte.

L'article 699 nous indique que le propriétaire d'un fonds grevé peut être tenu de faire les travaux nécessaires pour l'exercice de la servitude, par exemple entretenir le chemin en bon état s'il s'agit d'une servitude de passage. Sans doute il faut une stipulation formelle ; sans cela ce serait le propriétaire du fonds dominant qui serait tenu

1. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des Biens,* n° 1073.

lui-même de faire ces travaux (art. 698). Mais si nous supposons une telle stipulation, il y a bien ici entre propriétaires voisins convention de services personnels, et que devient dès lors la règle qu'une servitude ne peut consister *in faciendo?* C'est en effet une obligation attachée à la propriété parce que tous les acquéreurs successifs du fonds seront tenus d'entretenir le chemin, et ne pourront échapper à cette obligation qu'en abandonnant l'immeuble[1]. On dit bien : la prestation n'affecte que l'exercice de la servitude; la Cour de cassation a déclaré que c'était une modalité de la servitude[2]. Mais on reconnaît par cela même que la convention peut créer des servitudes consistant à accomplir un acte ; car peu importe que la prestation du service soit l'objet principal ou seulement l'accessoire du droit. MM. Baudry-Lacantinerie et Chauveau s'aperçoivent que l'on aboutit fatalement à cette conséquence, et ils s'en effraient. « Si l'on va au fond des choses, disent-ils, ce n'est pas un véritable droit réel; le propriétaire du fonds dominant est tenu de s'adresser au détenteur de l'héritage assujetti, c'est un droit personnel avec un créancier et un débiteur; mais un droit soudé à la servitude, qui en suit les fluctuations; les sujets actif et passif varient avec les propriétaires des deux héritages accouplés par l'exercice de la servitude; le droit suivant l'expression romaine *ambulat cum dominio*[3] .»

Mais les éminents auteurs ont senti eux-mêmes l'objection; comment peut-il y avoir droit de créance entre deux personnes qui n'ont pas été parties au contrat? « Il

1. Laurent, t. VII, n° 247. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n. 1131.
2. Cassation, 3 avril 1865, S. 65.1.216. D. 65.1.391.
3. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 1131, p. 834.

est toujours facile de répondre ajoutent-ils, que leur obligation résulte de la loi elle-même, de la disposition contenue dans les articles 698 et 699[1]. » Sans doute ; mais alors vous admettez que la loi établit elle-même ce qu'elle défend d'établir par convention ; vous avez changé la source du droit; sa nature n'en est pas forcément modifiée. Aussi tentent-ils également une autre explication : « Ne pourrait-on pas aller jusqu'à dire qu'ils sont tenus en vertu même de l'obligation née du contrat, et que les différents propriétaires de l'héritage dominant se trouvent ainsi créanciers en vertu de la convention consentie par leur auteur? Il y aurait comme une cession active et passive du droit personnel, en même temps que s'opèreraient les transferts de propriété, quelque chose d'analogue à la circulation des effets de commerce. » Ce rapprochement final avec les effets de commerce n'est là que pour montrer qu'il s'agit bien d'un droit de créance. Il y a une différence essentielle, c'est qu'un effet de commerce peut être acquis par tout le monde, tandis qu'au contraire le créancier et le débiteur de cette obligation seront toujours et nécessairement les propriétaires des fonds voisins ; pourquoi dès lors ce droit ne serait-il pas une servitude[2] ? Il nous est impossible de trouver dans l'explication fournie par ces auteurs un caractère essentiel qui empêche ce droit d'être une servitude, sauf qu'il consiste en une prestation personnelle ; mais c'est là justement le point discuté.

Il faut donc conclure que la loi dans ce cas particulier a expressément permis de stipuler comme servitude une obligation de faire, et du moment qu'elle ne prévoit pas

1. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, p. 834, note 3.
2. Bluntschli, *Deutches-Privatrechts*, § 86, fait absolument la même remarque.

ce cas comme exceptionnel, nous avons une première raison de rejeter la règle que l'on prétend en vain traditionnelle et logique.

Il y a mieux encore ; et la loi établit elle-même dans certains cas des servitudes qui consistent dans une prestation personnelle. Nous faisons allusion aux obligations de procéder au bornage, d'entretenir le mur mitoyen et de céder la mitoyenneté.

Le bornage, a-t-on dit, n'est pas une servitude, car elle consisterait *in faciendo ;* c'est une simple obligation personnelle. C'est faire un cercle vicieux puisqu'il s'agit justement de savoir si une servitude ne peut pas consister *in faciendo*. En vain cite-t-on les paroles prononcées au Conseil d'Etat par Regnault de Saint-Jean-d'Angély dans la discussion de l'article 640. Il faut remarquer, disait-il, « que le bornage et l'obligation de le souffrir ne sont pas une servitude et que cette disposition serait mieux placée dans le Code rural ». Treilhard lui répondit que c'était bien une servitude, et sans autre explication, malgré sa protestation l'article fut adopté[1]. Il y avait sur ce point une tradition bien établie, et s'il est vrai que Pothier ne prononce pas à propos du bornage le mot de servitude[2], Beaumanoir le qualifiait ainsi[3].

Aujourd'hui, au contraire, l'opinion dominante y voit une simple obligation légale imposée aux propriétaires de fonds contigus, dans leur intérêt réciproque, mais on se refuse à le considérer comme une servitude[4]. Cette

1. Fenet, t. XI, p. 264.

2. Pothier, *De la Société*, n° 231. Ed. Bugnet, t. IV.

3. Beaumanoir, *Coutumes de Beauvoisis*, chap. XXX, n°s 27 et 28, t. I, p. 419. — Cf. Glasson, *Histoire des institutions politiques*, t. VII, p. 307.

4. Aubry et Rau, t. II, p. 222. — Laurent, t. VII, n° 477. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 901, p. 607.

obligation, dit-on, ne diminue en rien le droit de propriété, puisque au contraire elle a pour but de délimiter exatement la propriété [1].

Certains auteurs ont pourtant essayé de justifier la qualification donnée par le Code civil, et ils ont proposé des explications plus ou moins ingénieuses. « On peut... faire remarquer pour soutenir qu'il y a bien là une servitude, disent MM. Baudry-Lacantinerie et Chauveau [2], que le droit au bornage est un *jus in re aliena* en ce sens qu'il permet de mettre une borne sur la ligne séparative, et qu'il met le voisin, sur la propriété duquel elle empiète nécessairement, dans l'obligation de la maintenir et de la respecter. » Créer une servitude par un empiètement de quelques centimètres sur le fonds voisin, voilà où on en arrive avec cette conception de la propriété intangible. Comment croire que ce soit là l'idée législative? Et d'ailleurs ce n'est pas le droit de borner sa propriété qui est considérée comme servitude, ce serait inexplicable, c'est l'obligation où se trouve le voisin de concourir à l'opération et de payer sa part de frais. Comme l'expose fort bien Demolombe, c'est une servitude parce qu' « elle constitue de chaque côté activement et passivement un attribut réel de la propriété, qui se transmet partout avec elle, et qui est bien la conséquence la plus immédiate de la situation des lieux [3] ».

Ce que Demolombe ne dit pas et ce qu'il faut ajouter, c'est que cette servitude consiste en une obligation de faire. Y a-t-il à cela quelque empêchement de raison? On

1. Capitant, *Des obligations de voisinage et spécialement de l'obligation qui pèse sur le propriétaire de ne causer aucun dommage à son voisin. Étude de jurisprudence. Revue critique*, 1900, p. 157, note 1.

2. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des Biens*, n° 901, p. 607, note 2.

3. Demolombe, t. XI, n° 242.

ne saurait en apercevoir ; il y a bien charge dans l'intérêt du fonds, utilité incontestable pour les deux immeubles, et l'obligation ne saurait être exécutée que par le propriétaire du fonds. « *A priori,* dit M. Naquet, on ne voit pas pourquoi une personne ne pourrait être tenue d'agir dans l'intérêt d'un fonds en sa qualité de propriétaire d'un autre fonds. Il y aurait là quelque chose d'analogue à ce qui se passe en matière de servitude personnelle où une chose est utilisée au profit d'une personne et non au profit d'une chose, ce serait la personne qui serait utilisée au profit du fonds. Pourquoi n'y aurait-il pas servitude dans ce cas ?... Rien ne s'opposerait donc à ce que la loi appelât servitude toute obligation négative ou positive quand elle est attachée à la chose, et suit tous les propriétaires de cette chose, tandis qu'on réserverait l'expression d'obligations proprement dites aux engagements attachés à des individus déterminés [1]. »

Le législateur ne s'est peut-être pas rendu compte qu'en dernière analyse le bornage aboutissait au droit d'exiger une prestation personnelle. Il a suivi la tradition ; dans l'ancien droit, la question ne pouvait faire aucune difficulté. Le Code civil reprend la règle romaine : *servitus in faciendo consistere non potest ;* mais il n'en maintient pas moins sans s'en apercevoir certains droits qui contrarient ce principe. Car enfin deux points sont certains : 1° le bornage oblige le voisin à faire un acte ; 2° il est considéré par la loi comme une servitude. Et si on voulait maintenir le principe de l'article 686 dans toute sa rigueur, il faudrait dire que la loi a fait elle-même ce qu'elle a défendu aux particuliers de faire.

1. Naquet, *Caractère des actions mixtes. Revue de législation française et étrangère,* 1874, p. 200, note 1.

Même remarque pour l'obligation de céder la mitoyenneté (art. 661) et celle de contribuer aux frais de réparation et d'entretien du mur mitoyen (art. 663). On a souvent reproché à la loi d'avoir fait rentrer l'étude de la mitoyenneté dans le titre des servitudes. Il est évident qu'il y a là un défaut de plan ; mais on va trop loin, à notre sens, en affirmant qu'aucune disposition sur la mitoyenneté ne saurait constituer une servitude. L'obligation de cession et de réparation du mur mitoyen est rangée par le Code civil parmi les servitudes. Elle en a tous les caractères. Pourquoi lui dénier ce nom ? Parce que, dit-on, cette obligation consiste à accomplir un acte, mais justement ce que nous nions c'est qu'une servitude ne puisse pas consister *in faciendo,* et il ne sert de rien de répondre par le principe même qui est discuté.

Si nous quittons le Code civil, nous rencontrons un exemple plus frappant encore dans le décret du 3 janvier 1813, contenant des dispositions de police relatives à l'exploitation des mines. L'article 17 de ce décret dispose : « Les exploitants et directeurs de mines voisines de celle où il serait arrivé un accident fourniront tous les moyens de secours dont ils pourront disposer, soit en hommes, soit de toute autre manière, sauf leur recours pour leur indemnité s'il y a lieu contre qui de droit. » Il n'y a pas là une mesure de police générale, car l'obligation n'est imposée qu'aux concessionnaires de mines voisines. Aucune hésitation ne nous semble possible sur la détermination de ce rapport juridique ; c'est une servitude légale. Le décret de 1813 ne le dit pas et n'avait pas à le dire ; le législateur n'est pas obligé de dénommer et de classer tous les droits qu'il crée ; mais nous savons d'une part qu'une servitude peut très bien exister au profit d'une

mine et sur une mine, et d'autre part nous avons ici une obligation pesant sur tous les propriétaires de la mine comme tels et ayant pour but dans un cas particulier l'intérêt de la mine voisine.

Donc la loi établit elle-même des servitudes qui obligent le propriétaire du fonds servant à accomplir un acte, et elle reconnaît aux particuliers dans le cas de l'article 698 le droit d'en faire autant. Dès lors, et si bien établie que soit la doctrine contraire, ne pouvons-nous pas soutenir légitimement que toute servitude consistant *in faciendo* n'est pas nulle *a priori*.

Est-ce à dire que l'on puisse constituer tout service personnel à titre de servitude? Assurément non. Il faut respecter l'article 686 qui défend d'établir des services imposés à la personne en faveur de la personne comme servitudes réelles. Mais cet article ne prohibe pas par cela même tout service personnel, et voici le sens beaucoup plus restreint qu'il faut lui donner. Pour qu'un service personnel puisse être stipulé comme servitude, il faut qu'il ait un caractère d'utilité tenant à la vicinité des deux fonds ; il faut que le propriétaire voisin soit seul à même de rendre ce service. N'est-ce pas là le caractère commun de tous les exemples que nous avons donnés : le propriétaire voisin peut seul concourir au bornage, seul céder la mitoyenneté ; seul également il peut réparer le chemin de celui qui a un droit de passage sur son fonds. Voilà pourquoi la constitution de droits semblables est extrêmement rare. Nous croyons pourtant qu'elle pourrait se rencontrer, et nous ne voyons pas pourquoi on repousserait l'établissement de pareils droits sans examen. La jurisprudence paraît s'orienter dans cette voie. Un arrêt rendu par la Cour de cassation, le 9 janvier 1901, déclare

que le droit reconnu à perpétuité au profit d'une usine de s'alimenter de charbon à une mine voisine, constitue une servitude, alors qu'il est déclaré dans l'acte de constitution que le concessionnaire de la mine sera tenu d'extraire et de livrer le charbon [1]. Nous comprendrions de même très bien qu'un propriétaire s'engageât à bâtir un mur sur son fonds et à le maintenir en bon état pour protéger le fonds voisin, à planter des arbres et à les entretenir pour l'ombrager. Nous ne croyons pas pour cela ressusciter le régime féodal.

Nous avons quelque peu insisté sur ce point parce que nous nous heurtions à une opinion courante. En pratique la question n'offre qu'un médiocre intérêt. Nous avons vu dans les législations primitives ces rapports personnels entre voisins extrêmement nombreux : avec la civilisation ils tendent à disparaître ; le régime féodal les maintient quelque temps par la contrainte, mais ils sombrent sous la Révolution. C'est à peine si l'on en conserve un ou deux indispensables. Le décret sur les mines de 1813 offre à ce titre un curieux exemple de retour vers le passé, mais il est dans notre droit une anomalie juridique. Nous sommes à une époque d'individualisme et de liberté. On ne comprend plus ces actes imposés à la personne et on supporte jalousement une telle contrainte.

Mais cette rareté pratique empêchera justement tous les inconvénients qui pourraient peut-être résulter d'une admission trop large du principe : *Servitus in faciendo consistere potest*. Limité juridiquement par la condition de vicinité, pratiquement par la rareté de pareilles conventions, son admission ne nous paraît présenter aucun danger.

1. Cassation, 9 janvier 1901. D. 1901.1.450.

SECTION II

OBLIGATION DE SOUFFRIR UN ACTE FAIT PAR LE VOISIN

La seconde variété de rapports possibles est la suivante; un voisin fait un acte sur notre fonds et nous sommes obligés de le laisser agir. On dit alors qu'il y a obligation *in patiendo*. Y a-t-il servitude ?

La loi le décide formellement en établissant elle-même des droits auxquels elle donne ces caractères, par exemple l'article 682 établit une servitude de passage au profit d'un fonds enclavé. Il faut nécessairement, pour rendre possible l'exploitation d'un fonds qui n'a pas d'issue sur la voie publique, reconnaître au propriétaire le droit de passer sur les fonds voisins ; il y a un rapport forcé entre deux fonds d'une incontestable utilité. L'utilité apparaît moins considérable dans le cas où le fonds a une issue, mais où cette issue est insuffisante pour son exploitation, par exemple s'il faut pour y pénétrer traverser un ruisseau impraticable les jours de pluie [1], ou une rivière sur laquelle il n'y a point de pont [2], ou encore si l'on ne peut y arriver que par un simple chemin de halage [3]. Dans tous ces cas la jurisprudence a décidé que l'on pouvait réclamer le passage [4]. La loi du 20 août 1881 modifiant l'article 682 a confirmé cette interprétation. Mais on exige que l'issue

1. Cassation, 17 janvier 1882. D. 82.1.416. — Bastia, 2 août 1854. D. 56.2.181.
2. Angers, 14 janvier 1847. D. 47.2.47. — Cassation, 31 juillet 1844. S. 44.1.846.
3. Bordeaux, 15 janvier 1835. S. 36.2.334. Dalloz, *Rép.* V° *Servitude*, n° 822.
4. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des Biens*, n° 1045.

soit absolument insuffisante, et non pas seulement incommode [1].

Le droit de passage est reconnu dans toutes les législations : il est en quelque sorte d'utilité publique ; mais il va avoir une importance bien différente suivant l'état de la civilisation du pays dans lequel il est sanctionné. Dans notre ancien droit, il sert uniquement à l'exploitation agricole des fonds, et c'est en ce sens également que l'on entendait la disposition du Code civil. Mais voici que des usines immenses se créent souvent sans issues suffisantes, et la loi de 1881 sacrifiant aux exigences nouvelles décide que le droit de passage peut être réclamé tout aussi bien pour l'exploitation industrielle.

De même pour les eaux, une nouvelle réglementation a été jugée nécessaire. Le Code civil s'en était remis à la convention privée. Les progrès de la grande culture ont imposé des dispositions légales. La loi du 29 avril 1845 permet d'amener de l'eau sur un fonds en construisant un aqueduc sur le fonds voisin. La loi du 11 juillet 1847 autorise le propriétaire à appuyer sur la rive opposée les ouvrages nécessaires à l'établissement d'un barrage. La loi du 10 juin 1854 reconnaît au propriétaire qui veut drainer ses terrains le droit de se débarrasser des eaux, en les conduisant à travers le fonds voisin.

On peut par convention stipuler des droits de même genre, répondant aux mêmes conditions. Reprenons notre exemple. Supposons que le propriétaire de la maison acquière le droit de prendre chaque année dans le jardin le bois qui lui est nécessaire. Une convention ainsi conçue entraîne de simples obligations personnelles.

1. Cassation, 6 janvier 1890, D. 90.1.63. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 1045.

Nous pouvons lier l'obligation au fonds du côté passif, stipuler que sa vie durant le propriétaire de la maison pourra prendre du bois. Il n'y a pas là servitude. Supposons en effet qu'il vende sa maison, rien ne s'oppose à ce que le droit subsiste à son profit. Il y a seulement une sorte de droit d'usage restreint, parfaitement valable, éteint par la mort du créancier.

Enfin nous pouvons convenir que la clause pourra être invoquée seulement par le propriétaire de la maison et par tout propriétaire de cette maison, c'est-à-dire lier l'obligation à la propriété du côté passif et du côté actif, lui donner par conséquent les caractères d'une servitude. Cette clause sera-t-elle valable ?

Logiquement rien ne s'oppose à ce qu'elle le soit; les conventions sont libres. Il faudrait donc trouver un texte prononçant la nullité. Ici encore on a invoqué l'article 686. Le législateur, dit-on, a voulu prohiber tous les services qui ne profitent qu'à la personne et permettre seulement ceux qui profitent au fonds.

C'est une bien mauvaise façon de s'exprimer. Aucun service ne peut profiter au fonds lui-même ; tous profitent à une personne qui est le propriétaire, et ce surcroît de profits, que le propriétaire retire, augmente la valeur du fonds. On peut donc préciser ainsi la règle à suivre : il faut se demander si le droit a été stipulé en faveur de la personnalité abstraite du propriétaire de tel fonds, ou au contraire au profit de la personnalité concrète de telle personne qui se trouve par hasard au moment de la convention propriétaire du fonds.

Par exemple, on dit qu'on ne saurait constituer à titre de servitude le droit d'aller se promener sur un fonds, d'y cueillir des fleurs « parce qu'il ne profiterait pas à ce

fonds en ce sens qu'il est impossible de les considérer comme établis pour son usage et son utilité; il procurerait seulement un agrément à la personne de celui qui en serait propriétaire [1] ». Nous reconnaissons là la forme vicieuse de l'argument que nous avons signalé. Elle s'aggrave encore d'une réminiscence romaine. On ressuscite sous une forme à peine déguisée la controverse qui s'était élevée en droit romain sur le point de savoir si *l'amœnitas* suffisait pour la validité d'une servitude. En réalité toute servitude procure un agrément au propriétaire; la règle romaine était motivée par un esprit restrictif, qui ne peut plus exister dans notre droit actuel, où l'on a proclamé de la façon la plus large possible la liberté des conventions.

Tous les auteurs ne sont d'ailleurs pas intransigeants sur le principe. M. Laurent remarque qu'autrefois l'on considérait comme servitude le droit d'aller prendre du bois dans la forêt voisine [2], et l'on décide encore aujourd'hui que l'on peut constituer à titre de servitude le droit de ramasser dans une forêt du bois de chauffage [3]. La même solution a été adoptée pour le droit d'aller puiser de l'eau à une fontaine ou d'aller moudre du blé à un moulin [4]. Pourquoi dès lors ne pas dire que le droit de se promener sur un fonds peut constituer une servitude [5] ?

1. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des Biens*, n° 1074, p. 778.

2. Laurent, t. VII, n° 145. — Demolombe, t. XII, n° 683.

3. Dal. *Rép.* V° *Se vitude*, n° 57. — Aubry et Rau, t. III, § 24, p. 62. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 1075, p. 780. — Demolombe, t. XII, n° 683. — Pardessus, *Des Servitudes*, t. I, n° 11. — Proudhon, *Traité des droits d'usufruit*, t. VI, n° 3093.

4. Cassation, 6 juillet 1874. D. 75.1.372. Il y avait eu exercice du droit pendant deux siècles. — *Contrà*, Pau, 16 juin 1890. S. 92.2.313. — Huc, t. IV, n° 404.

5. *En ce sens*, Toullier, t. III, n° 588. — *Contrà*, Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 1074. — Aubry et Rau, t. III, § 247, p. 62. — Demolombe, t. XII, n° 687.

On devra simplement se demander si telle est bien l'intention des parties. Mais nous ne pouvons pas comprendre pourquoi l'on peut stipuler à titre de servitude le droit de traverser un fonds, et pourquoi il y aurait une raison majeure qui s'opposerait à ce que l'on pût s'y promener. Je connais la situation suivante : un propriétaire possède un fonds limitrophe d'un parc privé appartenant à une société thermale ; il a des portes ouvertes sur ce parc, et il a stipulé le droit de s'y promener. L'existence des portes n'indique-t-elle pas clairement que ce droit doit survivre à la mort du titulaire ou à la vente du fonds, et qu'il y a là une servitude réelle.

En pratique la question s'est surtout posée à propos du droit de chasse, et aussi du droit de pêche. Habituellement ces droits sont donnés à bail, les locations en sont quelquefois très importantes. On peut aller plus loin, et décider qu'ils peuvent faire l'objet d'un droit d'usage restreint, c'est-à-dire être constitués comme servitudes personnelles [1]. On lie alors les droits à la propriété du côté passif. Mais la question délicate consiste à savoir s'ils peuvent être liés au fonds également du côté actif et constituer des servitudes réelles. La jurisprudence la plus récente [2] et les auteurs les plus importants ne l'admettent pas [3].

1. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 1074, p. 779. — Laurent, t. VI, p. 114, t. VII, p. 146. — Aubry et Rau, t. III, § 247, p. 62. — Dalloz, *Rép.* V° *Chasse*, n° 44.

2. Cassation, 9 janvier 1891. D. 91.1.89 (Rapport de M. le cons. Sallantin. Conclusions de M. l'av. gén. Reynaud). — Paris, 26 juin 1890. D. 91.2.233. Note de M. Flurer.

3. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 1074, p. 779. — Huc, t. IV, n° 404. — Aubry et Rau, t. III, § 247, p. 61. — Demolombe, t. XII, n° 686. — Duranton, t. II, n° 541 *bis*. — Gérard, *L'exercice du droit de chasse au point de vue civil*. Thèse, Paris, 1900, p. 22. — Pardessus, *Des Servitudes*, t. I, n° 11,

Quelles raisons donnent-ils ? Ils disent : le droit est reconnu en faveur de la personne qui l'exerce et « son utilité dépend de la passion plus ou moins vive de cette personne pour la chasse [1] ». Mais les mêmes auteurs reconnaissent que l'on peut constituer comme servitude le droit de prendre du bois de chauffage ; et pourtant l'utilité de ce droit dépend de la crainte plus ou moins grande du froid qu'a le propriétaire de la maison. Ce sont là de pures plaisanteries ; l'utilité à considérer n'est pas le plaisir plus ou moins grand que peut avoir telle personne, mais l'utilité générale, *in abstracto ;* or le droit de chasse en a une incontestable.

On dit encore : on conçoit l'existence de ce droit sans que le titulaire soit propriétaire. Mais cela est évident, et il faut en conclure simplement que le même droit peut constituer soit une servitude personnelle, soit une servitude réelle, ce que personne n'a jamais nié. « Sauf peut-être en des circonstances exceptionnelles, ajoutent MM. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, le droit de chasse n'a aucune utilité [2] ». Soit, mais plaçons-nous dans une de ces circonstances exceptionnelles. Et il n'y aura plus d'objection possible. M. Laurent, pourtant si rigide sur les principes, l'a très bien vu. « Supposons, dit-il, un parc destiné à la chasse ; le propriétaire stipule le droit de chasser sur les terres voisines au profit du dit parc. Voilà bien un droit établi sur un héritage pour l'utilité d'un autre héritage ; c'est le parc de chasse comme tel qui sera amélioré, donc il y aura servitude [3] ». M. Huc proteste, il voit

p. 33. — Chénon, *Des démembrements de la propriété,* p. 171. — Dalloz, *Rép.* V° *Servitude,* n°s 18, 56.

1. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 1074, p. 779.
2. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 1074, p. 779.
3. Laurent, t VII, n° 146.

dans le raisonnement de Laurent une simple figure [1]. Mais n'en est-il pas ainsi, toutes les fois que l'on parle de l'utilité d'un fonds.

Dans notre ancien droit, le droit de pêche peut constituer une servitude [2], et quant au droit de chasse du seigneur, c'est en définitive une servitude réelle tout comme la vaine pâture. Les premiers interprètes du Code civil n'avaient pas hésité à se prononcer dans ce sens [3], et quelques arrêts les avaient suivis [4]. Si la jurisprudence dans la suite a condamné une pareille servitude c'est qu'elle a été effrayée par les abus possibles. Elle s'est épouvantée de la leçon de l'histoire, et a craint une résurrection de droits seigneuriaux. M. Chénon a très bien compris le vrai motif qui a guidé les tribunaux. « Ce serait, dit-il, placer l'héritage dans un état de dépendance et d'infériorité qui offrirait avec les droits du régime féodal une évidente analogie. Un droit de chasse perpétuel ne pourrait être validé que comme servitude réelle, et il faut d'après l'article 686 que la servitude soit constituée au profit d'un fonds, or un droit de chasse est évidemment constitué au profit de la personne [5]. » Nous avons fait justice de ce dernier argument ; et quant à la prétendue supériorité que l'on invoque, c'est une résurrection historique ; le droit de chasse

1. Huc, t. IV, n° 404.

2. Fournel, *Traité du voisinage.* V° *Pêche,* t. II, p. 397.

3. Toullier, t. II, n° 356. — Taulier, t. II, p. 356. — Daviel, *Des cours d'eau,* t. III, p. 933. — Gillon et Villepin, *Code du chasseur,* n° 52. — Dalloz, *Rép.* V° *Chasse.* Au mot *Servitude* l'opinion contraire est soutenue.

4. Bourges, 29 août 1865. S. 66.2.11. (Cet arrêt est relatif aux droits de pacage, de fauchage, de pêche et de bateau sur un étang. La Cour décide que s'il y a deux fonds voisins, il peut y avoir servitude réelle, mais non si le propriétaire en vendant son fonds se réserve de pareils droits, car une servitude réelle ne peut exister qu'entre deux fonds). — Cassation, 4 janvier 1860. D. 60.1.14. — Amiens, 2 décembre 1863. Dalloz, *Rép.* V° *Chasse,* n° 44.

5. Chénon, *Des démembrements de la propriété,* p. 171.

aujourd'hui n'a plus rien d'honorifique ; il peut être cédé, et il n'est pas plus humiliant pour le propriétaire de voir chasser sur son fonds, que de voir un voisin y passer tranquillement.

Nous admettrons par conséquent très bien la constitution d'une servitude réelle de chasse entre deux fonds voisins.

La seule condition est donc que la servitude présente une utilité pour l'exploitation du fonds dominant. Peu importe d'ailleurs la nature de cette exploitation, et l'on comprend très bien qu'une servitude soit constituée au profit d'une industrie. On proteste en disant : le propriétaire suivant peut très bien ne plus exercer d'industrie, le droit sera donc sans utilité ; il est par conséquent lié à la qualité personnelle de l'individu, et non à la qualité abstraite de propriétaire du fonds, et par suite il ne saurait y avoir de servitude. M. Laurent écrit qu'un héritage n'est « ni commerçant, ni industriel[1] » ; mais connaît-il donc un héritage qui soit « agriculteur ? » J'ai acquis une servitude de prise d'eau et je transforme mon champ en un vaste magasin d'entrepôt, à quoi donc me servira cette eau ? Il ne faut jamais se placer au point de vue concret de tel ou tel propriétaire, mais voir au contraire, si avec tel mode d'utilisation du fonds, la servitude peut présenter ou non une utilité. Aussi le propriétaire d'une auberge pourrait stipuler à titre de servitude le droit d'entreposer chez son voisin les voitures et charrettes de ses clients, et le droit d'y établir des tables pour les consommateurs [2]. Jugé aussi que si l'on possède une tuilerie, on peut acquérir comme servitude le droit d'extraire de l'argile du fonds

1. Laurent, t. VII, n° 149. — En ce sens également Huc, t. IV, n° 405.
2. Cassation, 27 juillet 1874. D. 75.1.375. — Paris, 26 mai 1857. S. 58.2.117.

voisin [1]. En sens inverse on a décidé qu'un tonnelier ne pouvait avoir à ce titre le droit de prendre du bois dans la forêt voisine [2]. Ces décisions ne sont peut-être pas inconciliables. Dans ce dernier cas, en effet, il n'y avait aucune destination spéciale du fonds dominant ; l'acquéreur de la boutique pouvait très bien ne pas être tonnelier, tandis que dans les deux cas précédents il y avait une appropriation spéciale du fonds dominant, qui sans doute pouvait être modifiée, mais qui indiquait en elle-même l'utilité du droit. Mais partant de cette distinction, nous ne saurions approuver un arrêt de la Cour de cassation du 21 décembre 1894, décidant que le droit de prendre de la terre dans une carrière pour une culture de champignons, ne constitue pas une servitude [3] ; il y avait bien ici une exploitation commerciale entraînant destination spéciale du fonds dominant. Peut-être serait-il d'ailleurs encore plus simple de valider en bloc toutes ces servitudes.

Tout revient en définitive à une question d'interprétation ; c'est la volonté des parties qui doit être souveraine.

Quand une servitude est ainsi établie « il y a, dit M. Roguin, pénétration d'un droit spécial dans un droit général, et frontière juridique exceptionnelle. Et même la démarcation de deux droits sera en hauteur, et non plus en largeur, chacun d'eux portant sur la même partie matérielle de la chose [4] ». Il y a deux droits de nature différente portant sur la même chose.

1. Cassation, 13 avril 1833. Dal. *Rép.* V° *Servitude,* n° 1 068.

2. Dalloz, *Rép.* V° *Servitude,* n°s 24 et 51. — Baudry-Lacantinerie, *Précis,* t. I, n° 1552. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des Biens,* n° 1076. — Demolombe, t. XII, n° 684.

3. Cass. Req., 24 décembre 1894. D. 95.1.118.

4. Roguin, *La règle du droit,* p. 136.

SECTION III

OBLIGATION DE S'ABSTENIR D'UN ACTE DANS L'INTÉRÊT DU VOISIN

Il y a enfin un troisième rapport possible : un propriétaire n'exerce pas tous ses pouvoirs ; il s'abstient d'accomplir un acte qui serait pour son voisin nuisible ou gênant.

La loi elle-même interdit certains actes au propriétaire dans l'intérêt des voisins ; elle appelle servitude légale l'obligation qui lui est ainsi imposée, et on dit que la servitude consiste *in non faciendo*. Ces restrictions sont communes à tous les propriétaires ; il y a donc pour chacun réciprocité de droits et d'obligations.

Les auteurs se sont demandés si ces obligations constituaient vraiment des servitudes, et les plus considérables d'entre eux ont conclu à la négative [1]. Ils invoquent la tradition : en droit romain, nous l'avons vu, on ne leur a jamais donné ce nom [2], et dans notre ancien droit on les étudiait sous le titre général : Du voisinage. Pourtant nous voyons dans les travaux préparatoires que la qualification fût admise sans discussion, et on semble reproduire une

1. Huc, t. IV, n° 261. — Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. I, n° 1648 — Baudry et Chauveau, n° 818. — Aubry et Rau, t. II, § 194, p. 194. — Demolombe, t. XI, n° 8. — Chénon, *Démembrements de la propriété*, p. 158, note 1. — Capitant, *Des obligations de voisinage. Revue critique*, 1900, p. 158. — Comte, *De la propriété*, t. I, p. 469. — Voy. aussi Cimbali, *La proprietà e i suoi limiti nella legislazione italiana* (1879). *Archivio giuridico*, t. XXIV, 1880, p. 125. — Dans le Code civil espagnol de 1889 certaines règles sont étudiées au titre de la propriété, mais les autres sont restées au titre des servitudes légales. On n'a modifié qu'en partie la conception française. Voy. Lehr, *Éléments de droit civil espagnol*, II[e] partie, 1890, n° 301, p. 171.

2. Girard, *Manuel*, p. 248 et 245, note 1.

théorie très généralement admise. Domat, en effet, leur donne déjà ce nom [1] ; le *Répertoire de jurisprudence* de Guyot étudie le plus grand nombre de ces obligations au mot : Servitude [2], et Merlin si imbu de l'ancienne jurisprudence, approuve sans hésiter la classification du Code [3]. Il est donc difficile d'invoquer la tradition en un sens comme dans l'autre.

On se fonde pour déclarer qu'il n'y a pas servitude sur la généralité et la réciprocité du droit. La servitude est un état contraire à la liberté des fonds. *Contraria quippe sunt servitus et libertas.* Mais, répond M. Planiol, « la nature d'un droit ne dépend pas de sa fréquence ou de sa rareté [4] ». Si l'obligation est générale, c'est parce qu'elle est légale ; l'obligation alimentaire, qui pèse sur tous les enfants quand les parents sont dans le besoin, cesse-t-elle pour cela d'être une obligation ? Ici sans doute le droit a un caractère très général ; il s'applique à tous ceux qui sont propriétaires et dans tous les cas ; mais l'obligation de payer l'impôt pèse aussi sur tous les citoyens ; y a-t-il une différence entre les impôts que tout le monde paie et ceux qui ne s'appliquent qu'à une catégorie spéciale d'individus ?

Demolombe a présenté une autre objection [5]. Il y aurait justement servitude, dit-il, si on venait à déroger à ces règles. Par exemple, un propriétaire ne peut planter qu'à une certaine distance de sa limite ; si on déroge à cette règle, en stipulant qu'il pourra planter plus près, il y a

1. Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. XII, sect. 1. Ed. Remy, t. I, p. 326.
2. Guyot, *Répertoire de jurisprudence*, 1785. V° *Servitude.*
3. Merlin, *Questions de droit*, t. V. V° *Servitudes*, § 3.
4. Planiol, *Précis*, t. I, n° 1856.
5. Demolombe. t. XI, n° 8. — Argument reproduit par M. Capitant, *Revue critique*, 1900, p. 159.

une servitude constituée à son profit ; c'est donc qu'auparavant il n'y avait pas servitude. En réalité l'exemple que l'on cite prouve tout simplement que l'on peut détruire une servitude en établissant une servitude contraire ; le moyen n'est pas nouveau ; les Romains l'employaient déjà [1].

Les premiers commentateurs du Code civil n'ont pas eu le moindre doute sur le caractère de ces droits [2], et un auteur tout récent, M. Planiol, revient à leur doctrine [3]. Nous sommes pleinement de son avis. Il y a là une simple querelle de mots. Si le Code civil appelle ces obligations servitudes, c'est qu'il est inspiré par son principe de propriété naturelle, libre et absolue. Toutes les restrictions que l'on est forcé d'apporter à l'absolutisme du droit, seraient-elles générales à tous les fonds, n'en entravent pas moins cette liberté naturelle, n'en asservissent pas moins la terre. C'est l'oubli de cette idée qui a amené cette controverse.

Il faut voir à quoi se ramène en définitive la discussion. Si ces obligations ne sont pas des servitudes, que sont-elles donc ? On s'appuie sur l'article 1370 qui cite les engagements entre propriétaires voisins au nombre des obligations qui se forment sans convention. On en conclut

1. C'est là l'explication des servitudes contraires, *altius tollendi*, et *non altius tollendi ; luminibus officiendi*, et *ne luminibus officiatur ; stillicidii* et *stillicidii non avertendi*. Cf. Accarias, t. I, p. 641 et note. — Voy. pourtant Girard, p. 351, note 6 et Maynz, t. I, § 133, p. 621 qui voient dans ces servitudes des dérogations à des règlements locaux. La situation serait alors absolument la même que dans le Code civil.

2. Toullier, t. III, n° 534. — Merlin, *Questions de droit*, t. V. V° *Servitudes*, § 3. — Gavini, *Des servitudes*, t. II, p. 50.

3. Planiol, *Précis*, t. I, n° 1856. — Voy. aussi Ancona, *Degli atti ad emulazione nell esercizio del diritto di proprieta. Archivio giuridico*, 1894, vol. III, p. 336.

que « les actes d'abstention, que les articles 674 et suivants imposent au propriétaire dans l'intérêt de ses voisins sont purement et simplement des obligations [1] », et l'on caractérise la nature de ces obligations en disant : ce sont des obligations *propter rem*, c'est-à-dire qu'elles sont la conséquence de la détention de la chose, qu'elles se transmettent avec la chose, qu'elles « sont attachées à la propriété comme l'hypothèque à la créance [2] ». D'autres comparent ces obligations à celles du détenteur de l'immeuble hypothéqué, qui n'est pas débiteur personnel, et qui peut échapper par le délaissement au paiement de la dette. On fait remarquer à l'appui de cette analogie, qu'il y a en notre matière des applications spéciales du délaissement, par exemple l'abandon de la mitoyenneté par celui qui ne veut plus contribuer aux frais de construction du mur mitoyen (art. 656).

Toutes ces comparaisons sont exactes, mais elles se retournent contre la démonstration, ou plutôt la démonstration n'est qu'une pure querelle de mots. Il pouvait y avoir un intérêt à dénier le caractère réel des servitudes ; mais c'était chose impossible. Du moment que l'on déclare l'obligation liée au fond, la discussion n'a plus aucune portée. Le Code civil parle indifféremment de ces droits au titre des servitudes et au titre des obligations, et il n'y voit aucune contradiction.

M. Demolombe s'insurge contre cette conception. « Il faudrait supposer, dit-il, un prétendu droit naturel permettant à l'homme de tout faire sur sa propriété [3]. » Cette protestation est à retenir. Mais justement cette concep-

1. Capitant, *Des obligations de voisinage*. *Revue critique*, 1900, p. 161.
2. Capitant, *ibid.*, p. 162.
3. Demolombe, t. XI, n° 8.

tion du droit naturel absolu était bien celle du législateur. M. Huc l'a très bien vu. « Si le législateur, écrit-il, s'est aussi complètement trompé sur ce point, c'est qu'il a été influencé par l'idée chimérique d'un prétendu droit de nature, d'après lequel chaque propriétaire aurait le droit de tout faire. Le droit positif, étant venu restreindre ce droit, l'a donc démembré, lui a imposé des servitudes... Mais qui n'aperçoit la fausseté de ce point de vue? Qu'est-ce donc que ce prétendu droit naturel, donnant à chacun le droit de tout faire. Un droit ne peut être considéré comme démembré que lorsqu'après l'avoir circonscrit dans les limites légales, on lui enlève encore une partie de ce qui le constitue [1]. »

Il y a donc simplement une différence de conception juridique. Mais au point de vue positif, il ne peut en résulter aucunes conséquences ; il est donc inutile de prolonger une discussion théorique, entièrement vide de sens.

Nous n'insisterons pas sur les différentes servitudes qui sont reconnues par le Code civil. Il ne contient à vrai dire aucune innovation; les besoins sociaux sont les mêmes que dans l'ancien droit, les règles sont identiques. On doit recevoir les eaux pluviales découlant du fonds supérieur (art. 640), observer les distances prescrites par les usages et règlements pour établir près d'un mur mitoyen un puits, une fosse d'aisances, une forge, un four, une étable, toutes règles reproduites d'après nos anciennes coutumes [2] ; ne

1. Huc et Orsier, *Le Code civil italien et le Code Napoléon*, t. I, p. 145. — Comp. Picard, *Le droit pur*, p. 128. « Le plein du droit réel c'est la propriété; le mot exprime le rapport juridique le plus complet qu'un homme puisse avoir sur une chose matérielle en dehors de lui, sur une *Res*... La loi apporte, il est vrai, quelques restrictions à cette prérogative absolue : elle fait elle-même subir un certain décapage au Rapport; c'est ce que l'on nomme les limitations légales de la propriété. Après cela le Rapport se présente en son maximum juridique positif. »

2. *Coutume d'Orléans*, art. 233 à 248. — *Coutume de Paris*, art. 128.

planter des arbres qu'à une certaine distance des limites[1]. Il s'agit toujours on le voit de restrictions imposées dans l'intérêt de l'agriculture et de mesures préventives prises pour éviter tout dommage. D'autres servitudes sont reconnues pour éviter toute intrusion dans la vie privée : ce sont toutes les dispositions relatives aux jours et aux vues. Remarquons en passant qu'il s'agit ici de servitudes de pur agrément établies par la loi, et cela nous éclaire sur la valeur de la distinction que l'on a prétendu faire entre les droits de pur agrément pour le propriétaire et ceux utiles au fonds[2].

La convention privée peut imposer d'autres abstentions, et il faut refaire ici les distinctions que nous avons déjà présentées. L'obligation peut être purement personnelle, ou bien au contraire on peut la lier à la propriété du fonds et constituer une servitude. Par exemple un propriétaire stipule de son voisin que celui-ci ne bâtisse pas sur son fonds ; il faudra examiner l'intention des parties, et voir s'il y a simple obligation disparaissant à la mort des contractants ou à la cession de la propriété par l'un d'eux, ou bien au contraire s'il y a constitution d'un droit réel, *servitus non ædificandi*. Sur tous ces points l'accord des volontés privées est souverain.

En général il est un fait qui révélera l'intention des par-

1. Code civil, art. 671 et loi du 20 avril 1880.

2. La loi mentionne aussi le droit de se clore. Il y a simplement là exercice du droit de propriété ; pourquoi donc le mentionner expressément? Demante, (t. II, n° 501) déclare que le législateur a voulu indiquer que ce droit ne saurait être restreint à raison de l'incommodité qu'il fait éprouver au voisin. Mais justement au contraire il doit être restreint dans le cas où le voisin est titulaire d'un droit de passage. En réalité il y a simplement une raison historique. Dans l'ancien droit, on ne peut pas toujours se clore à cause de l'exercice des droits de chasse et de vaine pâture. La loi du 28 septembre 1791, tit. I, sect. IV, art. 4 et après elle le Code civil ont proclamé ce droit et détruit l'ancienne servitude en établissant une servitude contraire.

ties, c'est le point de savoir si l'obligation est susceptible d'être exécutée par tous les propriétaires successifs du fonds. En pratique la question s'est surtout posée pour les clauses qui interdisent à un propriétaire d'exercer sur son immeuble tel commerce ou telle industrie. Il est évident qu'il faut pour qu'il puisse y avoir servitude que les deux parties soient propriétaires d'immeubles situés plus ou moins près l'un de l'autre. Mais cela ne suffit pas : il faut de plus que les fonds soient aménagés de façon à servir à l'exploitation de ce commerce ou de cette industrie. On a décidé par exemple que l'obligation de ne pas extraire de son fonds des cendres minérales dans l'intérêt d'un voisin qui se livre à l'exploitation de ce produit constitue une simple obligation personnelle [1] ; jugé également que la clause par laquelle on stipule que de deux usines établies l'une près de l'autre sur la même rivière, l'une ne peut être convertie en moulin à grains, ne saurait donner naissance à une servitude réelle [2]. Même décision pour l'obligation prise par le propriétaire d'une usine de ne pas fabriquer des objets de telle ou telle nature [3]. On a décidé au contraire que la prohibition de construire et de tenir une auberge sur un fonds, alors que le vendeur a conservé une partie du fonds, et exploite lui-même une auberge, constitue une servitude [4]. Il est inutile de chercher à concilier ces arrêts rendus en des sens différents. Il s'agit toujours en effet d'une pure interprétation de volontés [5].

1. Cassation, 8 juillet 1851. D. 51.1.188. — Amiens, 19 février 1851. D. 51.2.109.

2. Bruxelles, 8 mai 1809. Dal., *Rép.* V° *Servitude*, n° 24-1°.

3. Liège, 26 août 1811. Dal., *Rép.* V° *Servitude*, n° 24-2°.

4. Lyon, 30 décembre 1870. D. 71.2.237. — Cassation, 1 frimaire an III. Dal. *Rép.* V° *Servitude*, n° 51.

5. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 1076. — Huc, t. IV, n° 405.

SECTION IV

CARACTÈRES GÉNÉRAUX DES SERVITUDES

Si nous résumons le système du Code civil, il nous apparaît comme assez simple et assez logique. Toute obligation imposée au propriétaire d'un fonds, en faveur du propriétaire d'un autre fonds s'appelle servitude, quand elle se transmet avec la propriété du fonds. Constituées pour régler les rapports de deux fonds, les servitudes exigent en droit français ce caractère de rigoureuse nécessité ou tout au moins d'incontestable utilité que les jurisconsultes romains demandaient déjà.

I. Il faut que l'obligation existe entre les propriétaires de deux fonds. Ce premier caractère nous fournit un critérium pour écarter tous les rapports où l'une des parties ne serait pas propriétaire d'un fonds. Mais il ne faut pas donner aux mots une interprétation judaïque. Aussi approuvons-nous pleinement un arrêt de la Cour de cassation généralement très critiqué qui a permis de constituer une servitude sur un arbre ; il s'agissait en l'espèce d'un gond qui avait été planté dans un chêne pour soutenir une porte [1]. Les auteurs critiquent cet arrêt, en se fondant sur ce que le droit n'est pas constitué sur un fonds [2] et ils ajoutent que l'arbre n'a pas le caractère de perpétuité voulue. En réalité qui pourrait soutenir sérieusement qu'un chêne ne durera pas infiniment plus longtemps qu'un simple pilier en maçonnerie. D'ail-

1. Cassation, 6 avril 1841. Dal., *Rép.* V° *Action possessoire*, n° 436.
2. Laurent, t. VII, n° 129, p. 150.

leurs les mêmes auteurs admettent que la servitude consistant à pouvoir planter des arbres plus près que la distance légale porte sur les arbres *in specie*, justement parce qu'ils sont chose périssable [1]. Ici comme dans le cas précédent le propriétaire du fonds est propriétaire des arbres, immeubles par nature, et c'est une pure figure que de dire : il n'y a pas de rapport entre deux fonds, car en réalité le rapport entre deux propriétaires d'immeubles différents est le seul qui puisse exister.

Dans un sens tout à fait opposé, on a soutenu que l'existence de deux fonds ne devrait pas être nécessaire pour la constitution des servitudes. M. Roguin [2] voit dans cette conception « le joug du romanisme qui pèse encore lourdement sur le droit moderne européen », et il part en guerre contre ces jurisconsultes « qui vont jusqu'à se refuser à admettre l'existence possible d'une droiture non consacrée par la législation de Justinien ». Il ajoute en note : « Ils vous diront par exemple qu'une servitude suppose nécessairement deux fonds tandis que l'on peut en concevoir entre une personne locataire d'un immeuble et un fonds. Le Code de Zurich autorise une société de tir non propriétaire de son stand à posséder une servitude de ne pas bâtir sur le terrain traversé par ses projectiles [3]. » Bluntschli avait fait avant lui la même observation [4]. Il reconnaissait bien que, d'une façon générale, la servitude suppose l'existence de deux fonds ; « mais pourtant, ajou-

1. Aubry et Rau, t. II, p. 215, note 20 et les arrêts cités. — Demolombe, t. XI, n° 501. — Duranton, t. V, n° 391. — *Contrà*, Zachariæ, t. II, § 241, note 3. — Taulier, t. II, p. 402.

2. Roguin, *La règle de droit*, n° 15, p. 33.

3. Voy. aussi Roguin, *op. cit.*, p. 278, n° 149. « On peut concevoir une servitude foncière qui ne serait rattachée à aucun fonds dominant et appartiendrait en propre à telle personne, ou à ses héritiers ou aliénataires. »

4. Bluntschli, *Deutches Privatrechts*, § 86-2°.

tait-il, il se présente aussi des servitudes, qui par la force des choses pèsent sur un fonds servant non au profit d'un autre fonds, mais au profit d'une classe de personnes, et qui d'ailleurs pour tout le reste ne se distinguent pas des servitudes réelles semblables établies en faveur d'un fonds, et il n'y a aucune raison suffisante pour s'opposer au maintien d'une telle institution juridique... On irait à la vérité trop loin si l'on voulait regarder comme indifférent que le sujet jouissant d'une servitude foncière soit le propriétaire d'un fonds déterminé ou une autre personne. Loin de là reste toujours la règle que le bien doit être d'une manière permanente au service d'un bien ; mais il faut admettre l'acception que, là, où des raisons particulières justifient l'établissement d'une servitude foncière en faveur d'une communauté ou d'une classe de personnes se renouvelant d'une manière continue, une telle chose peut valablement se produire ». A l'appui de son opinion Bluntschli cite des exemples, droit de passage sur un fonds appartenant à une société, obligations *non altius tollendi* ou *non ædificandi* grevant les fonds voisins des champs de tir, droits de pâturage achetés par certaines corporations, celle des bouchers par exemple, etc. [1].

Nous ne prétendons pas qu'ils ont interdit d'établir de pareils droits. Toutes ces clauses sont valables ; mais elles ne constituent pas des servitudes. Ce qui fait illusion, c'est la longue durée du droit du côté actif ; car c'est une

1. Même règle dans le Code civil espagnol, art. 531. « Des servitudes peuvent être établies au profit d'une ou de plusieurs personnes ou d'une communauté, non propriétaires du fonds grevé. » — Cf. Lehr, *Éléments de droit civil espagnol*, 2e partie, 1890, n° 376, p. 208. — Il y avait même eu longtemps des droits légaux qui avaient ce caractère. Aussi, jusqu'à la loi du 8 juin 1813 les propriétaires étaient privés du droit de se clore, parce que la corporation des marchands de bestiaux, *Consejo de la Mesta*, avait un privilège de libre parcours. — Cf. Lehr, *op. cit.*, n° 304, p. 173.

communauté ou une société qui stipule, et le droit ne disparaîtra qu'à sa dissolution. Sans doute au point de vue passif le droit survit au changement de propriétaire ; mais cela prouve tout simplement que c'est un droit réel. Et nous en arrivons ainsi à réduire la question tout simplement à cette vieille controverse ; peut-on créer des droits réels à volonté ? Car si on le peut, tous ces droits seront valables et peu importe pratiquement qu'ils soient qualifiés ou non servitudes. Or cette controverse est tranchée depuis longtemps. L'opinion de Demolombe repoussant toute création de droits réels nouveaux a succombé devant l'absence de textes et les nécessités pratiques ; elle est très généralement repoussée par la doctrine [2], et on ne peut qu'approuver cette solution [3]. C'est le principe de l'autonomie de la volonté qui triomphe. Il n'y a aucune bonne raison pour empêcher les particuliers d'établir librement tel droit qui leur paraît avantageux.

Mais ces droits ne sont pas des servitudes parce que l'on est convenu de réserver ce nom aux seules obligations réelles qui sont liées des deux côtés à la propriété d'un fonds. Simple question de terminologie évidemment, mais puisque nous avons une dénomination qui correspond à une catégorie de droits nettement déterminés par leurs caractères et leur but, il faut la conserver. La jurisprudence en a toujours décidé ainsi, et la Cour de cassation a jugé notamment que le droit pour les habitants d'une commune de recueillir du varech sur le rivage de la mer ne saurait constituer une servitude [4].

1. Demolombe, t. IX, p. 452 et s.

2. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 193, p. 144 et 145. — Laurent, t. VI, p. 108. — Aubry et Rau, t. II, § 69, p. 45. — Toullier, t. III, n° 96.

3. Voy. Geny, *Méthode d'interprétation*, p. 166.

4. Cassation, 5 juin 1839. Dal. *Rép.* V° *Prescription*, n° 182. — Laurent.

Les servitudes sont destinées en effet à régler les rapports de voisinage. Le projet du Conseil d'Etat exigeait formellement que le droit existât entre deux fonds *voisins*. Le mot fut supprimé sur l'observation du Tribunat. Le Tribunat fit remarquer que l'on conçoit bien un rapport de servitude entre deux fonds assez éloignés l'un de l'autre, par exemple le droit d'aller puiser de l'eau. Il confondait en réalité *voisin* et *contigu*. Il faut toujours qu'il y ait entre les deux fonds une distance assez courte pour qu'il puisse y avoir rapport de voisinage. C'est une question de fait [1]. La loi civile indique en effet que la contiguïté n'est pas nécessaire [2]. C'est ce que la jurisprudence a toujours décidé, notamment pour la servitude de passage [3].

La seule question à se poser est une question d'intérêt pratique qu'il faut d'ailleurs apprécier *in abstracto*. Ainsi deux fonds sont séparés par une maison. On constitue au profit du premier sur le second une servitude *non ædificandi*, et on bâtit sur le premier fonds. Il est évident que tant que la maison intermédiaire subsistera, la servitude n'aura pas d'utilité ; mais du jour où elle disparaîtrait elle en aurait une ; le droit est donc valable. Supposons au contraire que les deux fonds soient séparés par une colline ou par tout un quartier de ville ; il est impossible que le droit ait jamais aucune utilité ; la convention est donc nulle.

t. VII, n° 128, p. 149. La question pourrait avoir un intérêt pratique au point de vue de la publicité. La loi du 23 mars 1835, art. 2, § 1er ne soumet à la transcription que les actes constitutifs d'antichrèse, de servitude, d'usage et d'habitation, et non tous les droits réels.

1. Voy. par ex. Cassation, 23 novembre 1808. S. 9.1.35.

2. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 801, p. 509. — Aubry et Rau, t. III, § 247, p. 63. — Demolombe, t. XII, n° 692. — Toullier, t. III, n° 595. — Pardessus, *Servitudes*, t. I, n° 18. — Dal., *Rép.* V° *Servitude*, n° 63. *Suppl.* n° 19. — *Contrà*, Duranton, t. V, n° 454.

3. Cassation, 21 novembre 1861. D. 61.1.471.

Cette condition de vicinité est caractéristique; elle montre bien le but de la reconnaissance légale des servitudes : elle empêche la création de droits vexatoires qui ne tendraient pas à la réglementation des rapports de voisinage.

II. Deuxième caractère très général, il faut que cette obligation établie entre les deux fonds présente un caractère de réelle *utilité*. Ce n'est pas là un rappel pur et simple de la règle que tout droit suppose un intérêt. Sans doute elle est vraie ici comme ailleurs, mais par suite de la nature particulière du droit, cet intérêt doit être spécial. Il faut qu'il y ait une utilité permanente. Il ne pourrait y avoir servitude si le droit ne pouvait profiter qu'à celui qui stipule; on doit au contraire apprécier l'utilité *in abstracto*, au point de vue de tous les propriétaires successifs possibles.

Sans doute la servitude aura plus ou moins d'intérêt suivant le propriétaire actuel de l'immeuble, mais peu importe ; il suffit qu'il y ait une utilité générale. Ainsi la servitude de n'établir aucune vue sur le fonds voisin, stipulée en faveur d'une ancienne abbaye de chanoinesses régulières, subsiste quand le fonds dominant a passé en d'autres mains [1]. De même la servitude *non altius tollendi*, imposée aux propriétaires voisins en faveur d'un couvent de religieuses, subsiste quand ce couvent a été converti en caserne [2].

L'utilité peut n'être que future ; peu importe si elle est certaine. Par exemple on peut stipuler une servitude en faveur d'une maison qui n'est pas encore construite [3] et

1. Metz, 6 juin 1866. D 66.2.150.

2. Dijon, 24 août 1843. Dal. *Rép.*, v° *Servitude*, n° 1221.

3. Demolombe, t. XII, n°s 691 et 694. — Aubry et Rau, t. III, § 247, p. 113. — Toullier, t. III, n° 589. — Duranton, t. V, n° 443. — Pardessus, *Servitudes*, t. I, n° 14. — Dal., *Rép.* V° *Servitude*, n° 55.

même l'utilité peut être simplement éventuelle, par exemple une servitude en faveur d'un immeuble dont on compte devenir propriétaire [1].

L'exigence de cette condition entraîne la très intéressante conséquence suivante. Une servitude ne subsiste qu'autant qu'elle peut présenter une utilité.

La question s'est posée pour la servitude légale de passage en cas d'enclave. L'enclave disparaissant, la doctrine enseigne que la servitude doit disparaître [2], et quelques arrêts ont sanctionné cette solution [3]. Mais la Cour de cassation s'est prononcée en sens contraire, entraînant avec elle les cours d'appel et quelques auteurs [4]. Elle déclare que la faculté légale de demander le passage une fois constituée comme droit ne peut plus disparaître. La suppression du droit, ajoute-t-on, soulève des difficultés interminables sur la restitution de l'indemnité accordée. La réponse est facile : si cette difficulté s'élève, c'est qu'on accorde l'indemnité en considérant le droit comme perpétuel, alors qu'il serait bien simple de la fixer proportionnellement à sa durée ; l'on éviterait ainsi d'imposer au propriétaire voisin une charge inutile, et de compliquer à plaisir le régime de la propriété foncière. Le droit ne serait plus accordé, puisque l'enclave n'existe plus, dès lors pourquoi le maintenir ?

1. Laurent, t. VII, n° 128. — Demolombe, t. XII, n° 694.

2. Aubry et Rau, t. III, § 243, p. 32. — Laurent, t. VIII, n° 110. — Pardessus, *Servitudes*, t. I, n° 225. — Toullier, t. III, n° 554. — Demante, t. II, n° 539.

3. Lyon, 15 mars 1869. D. 69.2.49. — Paris, 20 novembre 1865. S. 66.2.4. — Fuzier-Hermann, *Code civil annoté*, art. 682, n° 104.

4. Cassation, 19 janvier 1848. S. 48.1.393. — Grenoble, 24 novembre 1880. D. 81.1.71. — Bourges, 13 janvier 1873. D. 73.2.117. — Grenoble, 1er août 1861. D. 62.2.162. — *En ce sens* : Demolombe, t. XII, nos 642 et 643. — Duranton, t. V, n° 435.

L'article 703 présente une application très importante de la notion d'utilité, en décidant que la servitude est éteinte par l'*impossibilité d'en user,* c'est-à-dire quand le propriétaire du fonds dominant ne peut plus en tirer aucune utilité, ou que le propriétaire du fonds servant ne peut plus laisser jouir le premier. Il peut y avoir eu destruction totale de la chose : par exemple on avait le droit d'aller prendre de l'eau à un abreuvoir, et cet abreuvoir est détruit par un fait licite ou un cas de force majeure ; la servitude est éteinte [1] ; de même si elle existe sur un étang qui s'assèche. Si la servitude devient partiellement impossible, elle s'éteint partiellement : ainsi on avait le droit de passer avec des charrettes à travers un fonds pour une exploitation agricole ; plus tard on transforme l'exploitation en bâtissant des maisons ; le droit de passage subsiste seulement quant au passage à pied [2].

Chose très curieuse, si la situation redevient telle que l'on puisse de nouveau user de la servitude, elle revivra en vertu de l'article 704 [3]. Il y a une servitude de prise d'eau sur un canal ; le barrage qui sert à alimenter ce canal disparaît ; devant l'asséchement du fossé, la servitude disparaît aussi ; mais supposons qu'à l'aide d'un autre barrage on amène de nouveau de l'eau au canal, la servitude renaîtra [4]. C'est toujours la même idée qui sert de guide [5].

1. Cass. Req., 7 février 1872. D. 72.1.200.

2. Cassation, 5 décembre 1867. D. 58.1.110.

3. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 1151, p. 855.

4. Cassation, 25 juin 1866. D. 66.1.471. — Voy. une autre hypothèse, Bordeaux, 14 août 1855. D. 57.5.306.

5. Toutefois l'art. 704 apporte une restriction au principe qu'il pose. Il faut « qu'il ne se soit pas écoulé un laps de temps suffisant pour faire présumer l'extinction de la servitude ainsi qu'il est dit à l'art. 707 », c'est-à-dire que si trente ans se sont écoulés la servitude ne renaît pas. Sur ce délai de trente ans, de nouvelles difficultés ont été soulevées, les uns soutenant que c'est un

Les servitudes s'éteignent aussi par le *non-usage* pendant trente ans. Si le non-usage est volontaire, c'est que le propriétaire du fonds dominant ne la juge pas très utile ; s'il est forcé, c'est qu'on peut s'en passer [1]. Et quand cette non-utilité est prouvée, soit par un acte qui modifie l'état de choses existant s'il s'agit d'une servitude continue, soit simplement par un non-exercice s'il s'agit d'une servitude discontinue, on juge bon de ne pas maintenir le droit.

Il ne suffirait pas pour en prévenir l'extinction de laisser subsister des traces matérielles d'exercice ; elles prouveraient bien l'utilité passée, mais non l'utilité actuelle [2]. Mais en revanche il suffit que la servitude ait été exercée par quelqu'un pour que son utilité, si restreinte soit-elle, soit démontrée [3].

Le non-usage peut amener seulement une extinction partielle de la servitude (art. 708). C'est une solution empruntée à notre ancien droit [4]. Beaucoup d'auteurs le déclarent con-

délai préfix (Ducaurroy, Bonnier et Roustaing. *Commentaire théorique et pratique du Code civil,* t. II, nos 364 et 365), les autres distinguant suivant que l'interruption provient d'un fait du propriétaire ou d'un cas de force majeure (Toullier, t. III, n° 690. — Taullier, t. II, p. 462. — Marcadé, sur l'art. 703. — Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, § 341, note 2), les autres enfin appliquant toutes les règles de la prescription (Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 1151. — Huc, t. IV, n° 459. — Laurent, t. VIII, n° 296. — Demolombe, t. XII, n° 979. — Aubry et Rau, t. III, § 255, pp. 171-172. — Pardessus, *Des Servitudes,* t. II, n° 296).

1. Dans le sens de l'extinction par non-usage forcé : Cassation, 3 mars 1890. D. 91.1.37. — Aubry et Rau, t. III, § 255, p. 103, texte et note 7. — Demolombe, t. XII, n° 979. — Laurent, t. VIII, n° 295. — *Contrà,* Toullier, t. III, n° 690. — Taulier, t. II, p. 642.

2. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 1152, p. 856. — Demolombe, t. III, n° 1012. — *Contrà,* Aubry et Rau, t. III, § 255, p. 203, texte et note 8.

3. A condition toutefois que le droit ait été exercé comme servitude et non à titre de simple tolérance. — Cassation, 23 juillet 1860. D. 61.1.111 pour le droit de passage.

4. Domat, *Lois civiles,* liv. I, tit. II, sect. VI, n° 5. — Pothier, *Introd. au*

traire à la vérité juridique parce qu'aucun droit réel ne peut s'éteindre par le non-usage [1]. Ils oublient que l'on ne peut étendre aux servitudes des textes qui ne s'appliquent qu'au droit de propriété. Cette règle nous semble parfaitement logique et juste : je stipule que j'aurai le droit d'ouvrir trois fenêtres sur votre fonds ; je n'en ouvre que deux ; au bout de trente ans je ne puis plus ouvrir la troisième.

On a essayé de l'interpréter comme une renonciation partielle du titulaire à son droit. Mais s'il en était ainsi, lorsque l'empêchement provient d'un tiers, le droit ne serait pas perdu. Il faut repousser cette explication.

La jurisprudence fait une distinction. Lorsque le titulaire n'use de son droit partiellement que parce que telle est sa convenance, et qu'il dépend de lui seul de l'exercer en tout ou en partie, le droit est conservé en entier. Ainsi je stipule le passage à pied et en voiture; pendant trente ans je passe à pied, je n'en conserve pas moins le droit après ce temps de passer en voiture [2] ; ou encore je stipule le droit de pacage au printemps et à l'automne, pendant trente ans je ne l'exerce qu'au printemps, je n'en conserve pas moins le droit de l'exercer à l'automne [3]. Au contraire si la servitude est exercée partiellement, parce qu'il y a un obstacle mis à son exercice intégral, état des lieux ou opposition de la part du propriétaire du fonds servant, le mode d'exercice est déterminé par l'usage pendant trente ans. Ainsi je stipule le droit de passage le jour et la nuit ; je ne l'exerce que le jour, parce que la nuit on ferme une

titre XIII de la Cout. d'Orléans, n° 18. — Lalaure, *Traité des Servitudes*, liv. I, chap. XII, p. 66.

1. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 1169, p. 874.
2. Cassation, 5 juin 1860. S. 60.1.497. D. 60.1.252.
3. Riom, 6 février 1855. S. 55.2.712.

porte, au bout de trente ans je ne pourrai plus passer la nuit [1]. C'est la considération de gêne pour le propriétaire servant qui détermine la jurisprudence [2].

Nous nous arrêtons là pour ne pas prolonger indéfiniment cette étude des servitudes. Nous croyons avoir démontré que cette considération d'utilité, de rapport nécessaire entre deux fonds a été la conception dominante en législation. Elle découle elle-même de ce caractère restrictif, odieux en quelque sorte, que la loi donne aux servitudes.

Mais ce n'est là qu'une idée théorique, et une question de mots. On peut varier l'appellation juridique ; le même rapport se retrouve toujours dans toutes les législations. Il est superflu dès lors de discuter sur les termes, et de se demander indéfiniment s'il ne faudrait pas appeler certains droits obligations *propter rem* et non servitudes. Toutes ces discussions proviennent de cette tendance extrême à cataloguer les notions juridiques, à les faire toutes rentrer dans un cadre déterminé, et à vouloir leur imposer un moule commun.

La théorie des servitudes se prête mal à cette épreuve. Théorie traditionnelle et utilitaire, elle se modèle sur les exigences pratiques, et par cela même échappe souvent à la discussion juridique. Leur but, c'est d'éviter autant que possible les conflits entre voisins, en permettant des empiètements et des restrictions strictement prévues à l'avance. De telles règles sont indispensables.

Mais elles sont toujours insuffisantes. Malgré toutes les solutions qu'elles peuvent donner, les conflits n'en exis-

1. Cassation, 29 août 1882. S. 84.1.395. D. 83.1.341.

2. Laurent, t. VIII, n° 330. — Demante, t. II, n° 507. — Duranton, t. V, n° 606. — Pardessus, *Servitudes*, t. II, n° 305.

tent pas moins toujours plus nombreux de nos jours, et nous devons examiner maintenant comment on a essayé de les résoudre. Tout le reste de cette partie sera consacré à cette étude, c'est en effet la question de beaucoup la plus intéressante théoriquement et pratiquement.

CHAPITRE III

LA RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE DU PROPRIÉTAIRE

Nous avons étudié les restrictions apportées par la loi au droit du propriétaire, et celles que la convention privée peut toujours y ajouter. Toute violation de ces prescriptions oblige à réparation. Mais en dehors de ces cas strictement prévus, c'est la liberté qui doit être la règle. Chaque propriétaire maître de faire chez lui ce qu'il veut, telle est bien la conception du Code civil. De la propriété naissent des droits : mais ces droits n'imposent en l'absence de textes précis aucuns devoirs spéciaux. Tous les articles relatifs à la propriété nous donnent bien la formule des pouvoirs du propriétaire sur sa chose, mais aucun ne nous indique, en dehors des servitudes, aucune obligation générale ou spéciale pesant sur le propriétaire du fonds.

Il faut dès lors s'en référer aux principes généraux. Ces principes sont les suivants. Toute personnalité juridique peut user librement de son activité avec une pleine indépendance, tant qu'elle ne commet pas de faute dans l'exercice de son droit. Son activité devient illicite, partant engendre nécessité de réparation le jour où elle n'use plus

de son droit comme elle devrait sagement en user, le jour où elle commet une *faute*. C'est le principe très général formulé par l'article 1382, innovation législative, car on a substitué aux diverses actions connues dans notre ancien droit, un principe plus large, embrassant toutes les branches et toutes les formes de l'activité humaine.

Or qu'est-ce que l'exercice du droit de propriété, sinon une des formes de cette activité, une activité s'exerçant sur une chose soit par des faits matériels, soit par des actes juridiques ; activité licite puisqu'elle est reconnue par la loi, puisqu'elle s'exerce dans une sphère privativement attribuée à tel individu, mais activité qui peut devenir et qui deviendra illicite, le jour où le propriétaire, sortant de sa sphère juridique, commettra une faute.

Cette faute est certaine, quand le propriétaire dépasse les limites matérielles de son droit, et empiète sur le fonds voisin ; par exemple si un individu bâtit sur un sol qui ne lui appartient pas. Ici l'activité est certainement illicite parce qu'elle s'exerce sur une chose qui ne lui est pas assignée.

En pratique, au point de vue des conflits de voisinage, la question s'est posée quand il y a envoi sur le fonds voisin de poussières ou de terres, ou encore envahissement par les eaux [1]. Tous ces actes constituent des *atteintes immédiates* au droit de propriété, atteintes répréhensibles, pouvant constituer dans certains cas un délit pénal, constituant toujours un délit civil, quel que soit celui qui les commet. Laisser un pareil dommage se produire, sans imposer une réparation à son auteur, ce serait détruire en réalité toutes les prérogatives du droit exclusif reconnu par la loi.

1. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 219. — Blondel, *Note au Sirey*, 1897. 1.274. — Demolombe, t. XI, n° 58.

Aussi bien, nous n'insistons pas sur cette question, parce qu'ici la qualité de propriétaire chez l'auteur de l'acte est absolument étrangère au débat ; on peut supposer la même atteinte de la part d'un tiers quelconque, la solution ne sera pas modifiée. Et d'un autre côté il ne peut y avoir de difficultés sur le principe de la réparation. Nous laissons donc de côté toutes les atteintes immédiates au droit de propriété, et nous nous occupons uniquement de ce que l'on a appelé les *atteintes médiates*.

SECTION I

LE DOMMAGE

Nous supposons un acte quelconque accompli par un propriétaire sur son fonds, acte non interdit par la loi ; mais dont les conséquences causent un dommage au propriétaire voisin. Il y a atteinte médiate au droit du voisin. Ce qui caractérise cette atteinte, c'est que l'auteur de l'acte ne sort pas de sa sphère d'activité matérielle ; il accomplit l'acte sur son fonds, dans les limites qui lui sont tracées par la loi ; et pourtant par le seul fait du voisinage, cet acte aura sa répercussion sur toutes les propriétés voisines ; c'est une conséquence forcée de la situation matérielle des fonds.

La conséquence de cet acte, c'est que la propriété voisine subira une *diminution de valeur économique*. Ces termes très généraux s'appliquent à tous les dommages possibles. Il nous faut maintenant les préciser :

1° Il peut y avoir *dommage matériel,* dégradation de l'immeuble voisin, altération de la substance qui le com-

pose, sans pour cela que le voisin vienne y porter directement atteinte.

La différence avec l'atteinte immédiate consiste en ce qu'il y a diminution de substance ou dégradation de la chose, sans aucun avantage direct pour l'auteur de l'acte. Il n'y a pas violation du pouvoir exclusif du propriétaire, personne ne prétend avoir un droit sur son immeuble ; mais la chose se trouve altérée par suite d'un acte commis sur le fonds voisin. Exemple bien simple : je bâtis une maison ornée de statues et de chapiteaux ; le propriétaire voisin ouvre sur son fonds une usine répandant une épaisse fumée, et qui noircit absolument ma maison. Ou bien : une source jaillissait sur un fonds ; un voisin en coupe les veines en faisant des fouilles, et elle est asséchée. Ou encore : j'ai construit juste à la limite de mon fonds ; mon voisin creuse le sien et ma maison s'écroule. Dans tous ces cas il y a une dégradation de la propriété, murs noircis, source tarie, bâtiments en ruine, et pourtant l'auteur de l'acte n'est pas sorti des limites de son fonds. Il a ouvert une usine ou creusé son sol ; mais il l'a fait dans la sphère matérielle qui lui est assignée.

Nous pouvons placer dans la même catégorie les *dommages causés à la personne* même du propriétaire. Il peut arriver qu'un certain aménagement d'un fonds rende le fonds voisin inhabitable, par exemple si la fumée d'une usine, ou les gaz délétères qui s'en échappent se répandent dans les maisons voisines qui deviennent inutilisables. Toute considération spéciale à la personne devient ici indifférente. Un fonds n'a de valeur que s'il est utilisable, or dans ce cas, toute utilisation devient impossible ; il y a donc bien atteinte matérielle à la propriété, et je ne vois aucune raison de distinguer ce cas de ceux cités plus

haut, et dans lesquels il y a dégradation matérielle du fonds. En effet, s'il y a dommage, quand il y a dégradation, c'est que le propriétaire ne peut plus retirer de son fonds la même utilité, c'est donc en définitive un préjudice pour la personne.

Dans toutes ces hypothèses, la nature et l'étendue du dommage sont nettement caractérisées et faciles à déterminer.

2° Sans que mon fonds subisse aucune atteinte, il peut y avoir diminution de sa valeur, parce qu'il ne pourra plus servir à certains usages, par suite de l'aménagement du fonds voisin. Par exemple je possède une prairie; le voisin élève une usine qui répand une fumée d'ailleurs supportable; il est évident qu'il n'en résulte pour moi aucun dommage; la fumée ne nuit pas aux herbages. Mais je veux étendre du linge sur cette prairie pour le faire sécher; cela m'est devenu impossible, la fumée le noircirait. Ou encore, je suis propriétaire d'un bois, environné de forêts où le gibier est très abondant; ces animaux ne me causent aucun préjudice; au contraire ma chasse en est améliorée; mais je défriche mon sol et j'y plante de la vigne; les lapins des forêts voisines viennent la dévorer, et toute culture est impossible. Dans toutes ces hypothèses le dommage résulte, de ce qu'une utilisation particulière du fonds est devenue impossible par suite du voisinage; on ne peut plus en retirer les mêmes services; il y a donc dommage causé, puisqu'il y a diminution de la valeur économique du fonds.

Il faut rapprocher de ces cas tous ceux où le dommage consiste dans une *gêne particulière pour une personne*. Il n'y a préjudice souffert que parce que c'est tel ou tel individu qui est propriétaire de l'immeuble. Ainsi une usine

est installée près d'une maison : si cette maison est occupée par un industriel, il n'en éprouve aucun inconvénient ; mais au contraire si c'est un malade qui l'habite, le moindre bruit l'incommodera. De même un homme de science cherchant un quartier tranquille pour travailler le soir achète une maison ; on transforme l'immeuble contigu en théâtre ; tous les soirs bruits d'allées et venues, de voitures, chants, musique, inconvénients qui ne dérangeraient peut-être pas quelqu'un qui sortirait ou dormirait à cette heure-là, mais qui empêchent tout travail.

Ce qui rend ici la question très délicate, c'est que nous introduisons dans l'appréciation du dommage un élément personnel, variable et subjectif. Sans doute tout dommage est causé à la personne ; mais quand il s'agit de rapports du voisinage on considère toujours la personne du propriétaire *in abstracto* (c'est ce que nous avons démontré pour les servitudes). Ici au contraire il s'agit d'un préjudice qu'éprouve tel propriétaire mais que tel autre n'éprouverait pas. Tel individu craint le bruit, les odeurs malsaines, tel autre ne les craindrait pas dans une certaine mesure. La question est donc celle-ci : faut-il dans l'évaluation du dommage faire entrer dans une certaine mesure, les considérations personnelles à l'individu lésé ?

Dans la théorie classique on ne peut faire aucune distinction ; tout dommage doit être réparé par celui qui a commis une faute ; la loi se place au point de vue de l'auteur de l'acte et non au point de vue du lésé. Ou plutôt elle ne se place au point de vue du lésé que pour constater l'existence du dommage. Or le dommage existe certainement ici. Quelque personnel que semble le préjudice

causé, il n'y en a pas moins diminution de la valeur économique du fonds. Ce qui contribue en effet à la valeur du fonds, c'est son utilisation possible par n'importe quel individu. Or dans ce cas il y a des gens qui ne viendront jamais habiter ou acheter l'immeuble, d'où dépréciation forcée par la diminution du nombre des intéressés à la propriété. Il y a donc dommage causé ; s'il y a faute commise il devra être réparé ; nous retrouverons donc toutes ces hypothèses quand nous nous placerons au point de vue de la faute.

3° Reste enfin une troisième espèce de préjudice possible. On l'appelle en général *dommage moral.* Dans la valeur d'une propriété sa situation entre pour une très large part. Or de même qu'il y a une situation matérielle, il y a, dépendant de la première, une situation morale, un milieu. Il n'est pas indifférent d'avoir tel ou tel voisin ; on connaît l'ancien proverbe: *qui a bon voisin a bon matin;* il y a là une garantie de sécurité, de repos. De même que la valeur d'une clientèle pour un magasin tient à sa qualité, au milieu social dans lequel elle se recrute ; de même le bon renom des voisins, leur qualité sociale influe sur la valeur d'une propriété.

Il est évident qu'en général il n'y a là qu'un élément secondaire : un fonds change souvent de propriétaire ou tout au moins de locataire ; et le plus souvent chacun peut suffisamment s'isoler chez soi, pour que la qualité de ses voisins lui soit indifférente. Mais il n'en est pas toujours ainsi. Il y a des voisinages qui entraînent des inconvénients tellement caractérisés que l'on ne peut pas ne pas tenir compte de cet élément de préjudice. C'est ce qui se produit, pour ne citer que le cas le plus usuel, dans le voisinage d'une maison de tolérance.

Les propriétaires des maisons voisines seront blessés dans leurs sentiments de délicatesse et de convenances par un pareil voisinage. Ils sont lésés, peut-on dire, non seulement comme propriétaires, mais encore comme hommes, et c'est ce qui caractérise le préjudice moral. Seulement ce préjudice n'est possible qu'à raison de la proximité, et c'est ce second caractère qui le soumet à notre étude.

Ce qui rend difficile ce discernement et cette appréciation du préjudice moral, c'est qu'il est toujours lié à un préjudice matériel. Ainsi les maisons contiguës à une maison de tolérance perdent de leur valeur, elles ne peuvent plus être vendues ni louées facilement, préjudice matériel, et en même temps les propriétaires de ces maisons sont atteints dans la dignité de leur personnalité, non pas comme peut l'être tout individu passant dans la rue d'une façon intermittente et volontaire, mais d'une façon certaine, continue et involontaire par le seul fait qu'ils sont propriétaires.

Dès lors il semble bien que les principes devraient imposer une réparation dans le cas de préjudice moral. On nie pourtant que ce soit là le but des dommages-intérêts. « Le seul usage auquel les dommages-intérêts soient propres, dit un auteur, consiste à remettre dans la fortune du créancier la valeur pécuniaire dont elle a été diminuée [1]. » La jurisprudence n'est jamais entrée dans cette voie, et elle ordonne toujours réparation du préjudice moral [2]. Sans entrer dans les détails d'une discussion,

1. Meynial, *De la sanction des obligations de faire ou de ne pas faire. Revue pratique de droit*, 1884. — Voy. sur cette question, Bosc, *Essai sur les éléments constitutifs du délit civil.* Thèse Montpellier, 1901, p. 206 et s.

2. Alger, 22 février 1898. D. 99.2.6. S. 99.2.107. — Montpellier, 18 février 1898. S. 98.2.160.

qui nous entraînerait bien loin de notre sujet, remarquons qu'ici le préjudice moral est en définitive un préjudice matériel ayant une cause morale, et la jurisprudence parle le plus souvent d'*intérêt moral*. En effet si le propriétaire actuel est atteint dans sa dignité, tous le seront comme lui ; par suite l'immeuble perd de sa valeur économique, et peu importe la cause de cette diminution.

La question vraiment difficile sera de savoir s'il y a ou non préjudice moral. Dans certains cas, comme le voisinage d'une maison de tolérance, c'est certain ; mais dans d'autres c'est infiniment plus douteux. Et cette difficulté nous ramène à la question de savoir si l'on doit tenir compte des considérations personnelles aux voisins, qui, plus que nulle part ailleurs, auront ici leur influence.

Nous avons ainsi analysé aussi exactement que possible tous les genres d'inconvénients que peut entraîner le voisinage.

Il faut bien entendu que le dommage soit prouvé, et la preuve incombe à celui qui se plaint, c'est-à-dire au propriétaire lésé. Il n'y aura pas d'ailleurs ici de difficultés particulières ; la valeur du dommage pourra être très difficile à évaluer, mais le dommage lui-même sera facilement prouvé.

Dès qu'il l'est il n'y a plus à faire à ce point de vue aucune distinction. La règle est certaine ; tout dommage prouvé exige une réparation si celui qui l'a causé est en faute ; peu importe que l'acte préjudicie à tout propriétaire ou seulement à tel ou tel individu, peu importe qu'il attaque l'intégrité du fonds ou qu'il porte simplement atteinte à la dignité de ceux qui l'habitent. C'est la constatation du préjudice, qui, seule, est inté-

ressante. Mais il ne suffit pas qu'un acte soit dommageable pour que son auteur en doive réparation.

SECTION II

L'ACTE PRÉJUDICIABLE

Tout dommage se rattache à une cause. C'est sur cette cause que doit porter notre examen, afin de déterminer la responsabilité du propriétaire. Il faut pour que le propriétaire soit responsable de ses actes qu'il ait commis une faute.

On doit tout d'abord mettre de côté un certain nombre de cas dans lesquels l'acte d'où est résulté le dommage n'a absolument aucuns rapports avec l'exercice du droit de propriété. On commet une erreur, dit M. Saleilles « en identifiant... l'exercice de la liberté avec l'exercice de la propriété et en considérant les faits d'activité personnelle, accomplis par un propriétaire sur sa propriété comme rentrant parmi les actes de jouissance du droit de propriété lui-même[1] ». Ainsi par exemple un propriétaire s'amuse à tirer des coups de fusil au-dessus de son mur ; il tue ou blesse quelqu'un par imprudence ; il est responsable civilement et même pénalement, mais ici la question de propriété est absolument indifférente.

Nous supposerons donc toujours un acte accompli par un propriétaire sur son sol, ou un aménagement quelconque du fonds. Quand y aura-t-il faute ?

1. Saleilles, *Essai sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire allemand*, 2e éd., Paris, Pichon, 1901, note 1 de la page 370, sous la page 372.

Il ne suffit pas de dire : la faute est l'acte commis sans droit, parce que le propriétaire ne serait jamais en faute : il pourrait toujours se retrancher derrière l'exercice de son droit de propriété absolu et illimité. D'une façon générale d'ailleurs, tout être qui agit exerce toujours un droit, droit à la libre activité, à la libre initiative.

Nous ne pouvons pas dire non plus que tout acte qui lèse le droit d'autrui est une faute ; car, d'une façon générale, tout acte de l'homme gêne forcément l'activité d'autrui ; toute modification, apportée par un individu au milieu social dans lequel il est, a sa répercussion sur tous les autres individus qui s'agitent dans le même milieu. Et spécialement au point de vue du droit de propriété, si la loi a reconnu et sanctionné ce droit, c'est qu'elle a voulu justement permettre la pleine expansion de notre activité sur la chose qui nous est assignée. Nécessairement, par suite du rapprochement forcé des fonds, l'exercice de ce droit occasionne des dommages ; mais il serait pratiquement impossible et juridiquement injuste d'ordonner réparation de tous ces dommages.

Comment faut-il donc concevoir la faute, quand peut-on dire qu'il n'y a plus exercice du droit ?

Voici quel est le système de Code civil. Il faut considérer non pas l'acte en lui-même, mais la conduite du propriétaire qui en est l'auteur.

La justice et l'utilité sociales exigent que tous les propriétaires puissent exercer leur droit. Cet exercice pacifique et concurrent est possible, de même qu'est possible au sein de la société l'exercice des différentes activités rivales. Il faut pour cela que chacun se conduise en propriétaire idéal, en bon père de famille, que personne ne mésuse de sa propriété. On choisit *in abstracto* ce type idéal du pro-

priétaire, qui parviendrait à concilier son intérêt individuel avec celui de tous ses voisins ; on rend responsable tous ceux qui n'apportent par les mêmes précautions dans l'exercice de leur droit, et l'on appelle *faute,* l'acte que ne commettrait pas un propriétaire soigneux et diligent. « Il y a faute lorsqu'on omet de faire quelque chose qu'eût fait un homme raisonnable, guidé par les considérations réglant ordinairement la conduite humaine [1]. » ou lorsqu'on fait ce que cet homme raisonnable n'aurait pas fait.

On ne peut donc pas mésuser de sa propriété, pas plus qu'on ne le peut de sa liberté. « Rien n'est plus faux, écrit M. Saleilles, que cette cristallisation que l'on a voulu opérer de certaines facultés individuelles pour en faire des droits positifs intangibles, alors que toutes les autres rentreraient dans l'exercice vague de la liberté, laquelle ne serait un droit garanti que dans son principe et sa virtualité, non dans ses manifestations concrètes [2]. » Le principe

1. Alderson, cité par Bosc. *Thèse citée,* p. 9. — *Comp.* les définitions analogues données par : Huc, t. VIII, n° 402, p. 532. — Fromageot, *De la faute comme source de la responsabilité en droit privé,* 1891, p. 2. — Rivière, *Du principe de l'imputabilité civile. Revue critique,* 1846. — La conception de la faute délictuelle a été reconstituée tout récemment dans sa pureté originelle par M. Hinderburg. *La théorie des dommages-intérêts. Revue critique,* 1901, p. 26. Pour lui « il est permis de douter si c'est un progrès de séparer absolument le principe de la punition du principe de la réparation » (p. 47), comme le soutenait Ihering (*Das Schuldmoment in Römischen Privatrecht,* 1867) et il déclare que « le paiement des dommages-intérêts doit être une punition. » Nous n'insisterons pas sur cette idée qui est en France universellement abandonnée.

2. Saleilles, *De l'Obligation,* note 1 de la page 370, sous la page 372. — M. Saleilles ajoute : « La seule différence à établir entre la jouissance de l'une et l'exercice de l'autre doit être purement quantitative, en ce que, pour être contraire aux mœurs et pour être anormal, un fait de propriété devra être bien autrement abusif qu'un fait de liberté, de telle sorte que le plus souvent, ce sera uniquement le but psychologique de l'acte qui en déterminera la matérialité délictuelle... L'une des sphères d'activité est plus large que l'autre, mais le principe de responsabilité est le même ». — *Comp.* Fouillée. *L'idée moderne du droit* : « Ramenez la liberté des hauteurs de la métaphysique abs-

de responsabilité est le même ; il faut scruter la conduite de l'auteur de l'acte, rechercher dans quels cas il s'écarte de cette diligence moyenne qu'on exige de lui, c'est-à-dire dans quels cas il est en faute, donc responsable.

I. Violation des lois et règlements. — Il y a tout d'abord un certain nombre de cas assez simples ; c'est lors que le propriétaire accomplit sur son fonds des actes qui lui sont expressément interdits ; par exemple il ouvre un établissement insalubre sans autorisation. Il y a une faute nettement caractérisée. Le propriétaire n'est pas souverain, il ne peut exercer son droit qu'en se conformant aux lois de son pays ; s'il passe outre, il commet une faute qui l'oblige à réparer toutes les conséquences de son acte. C'est ce que la Cour de cassation a décidé par arrêt du 19 janvier 1876 condamnant un propriétaire qui avait installé dans ses bâtiments une machine à vapeur n'absorbant pas sa fumée, contrairement aux prescriptions du décret du 25 janvier 1865 (art. 19 [1]). Ici on peut dire qu'il y a acte accompli sans droit puisqu'il y a violation certaine d'une prescription légale.

Peu importe d'ailleurs que la règle résulte d'une loi, d'un décret, ou même d'un usage ayant force légale. Dans tous les cas il y a imputabilité possible, parce qu'il y a certainement illicéité de l'acte qui a causé le dommage.

II. L'acte intentionnellement dommageable. — Nous allons toujours supposer dorénavant que le propriétaire ne viole aucune règle positive. Il accomplit un acte qui rentre dans l'exercice de son droit de propriété,

traite sur le domaine de la réalité positive ; elle y prendra une forme nouvelle et un nom nouveau ; elle s'appellera la propriété. »

1. Cassation, 19 janvier 1876. S. 76.1.145.

mais son seul but est de nuire à son voisin. Y a-t-il ce que l'on a appelé une *faute d'intention* [1] ?

Par exemple un propriétaire dans le but d'enlever la vue à son voisin fait édifier sur son toit une fausse cheminée. Cette cheminée ne sert à rien, n'ajoute aucun embellissement à l'aspect extérieur de la maison ; elle n'est là que pour gêner le voisin [2]. Autres exemples pratiques : une source minérale de grande valeur, en l'espèce la source Badoît à Saint-Galmier, jaillit sur un fonds ; il y a actuellement pour les eaux minérales un périmètre de protection [3] ; mais avant 1856 un propriétaire voisin avait coupé intentionnellement les veines de la source minérale, et laissé perdre l'eau, prouvant bien par là qu'il avait voulu simplement nuire à son voisin [4]. Le prince de Wagram possède des terrains de chasse très giboyeux ; un de ses voisins, qui a des griefs contre lui, s'avise chaque fois qu'a lieu une battue, de se livrer sur son fonds à un véritable concert, tambours, fanfares, cris et appels de toute sorte, rendant par malveillance la chasse impossible [5]. Ce sont là quelques espèces que nous ont conservées les recueils ; qui ne connaît d'ailleurs ces luttes homériques entre voisins, où chacun s'ingénie à inventer ce qui peut être désagréable à son voisin. Peut-on le faire impunément ?

La jurisprudence ne l'a pas pensé : dans tous les cas que nous avons cités [6], elle a sans hésitation condamné l'auteur

1. Capitant, *Obligations de voisinage. Revue critique,* 1900, p. 168.
2. Colmar, 2 mai 1855. D. 56.2.9.
3. Loi du 14 juillet 1856.
4. Lyon, 18 avril 1856. D. 56.2.200.
5. Paris, 2 décembre 1871. D. 73.2.185.
6. Ajoutez les motifs de : Montpellier, 16 juillet 1866. S. 67.2.115 et Cassation, 8 juin 1857. S. 58.1.305.

de l'acte intentionnellement dommageable. Elle déclare que « le droit de propriété doit avoir pour mesure la satisfaction d'un intérêt sérieux et légitime », elle invoque « les principes de la morale et de la justice [1] », elle stigmatise « l'envie de nuire [2] », « les manœuvres vexatoires pratiquées avec cette intention manifeste [3] », « la malice et l'intention usurpatrice [4] », « l'entreprise faite par haine et par malice sans intérêt pour celui qui se la permet [5] ».

C'est d'ailleurs la solution traditionnelle. Nos anciens auteurs invoquaient les textes romains [6], et déclaraient le propriétaire responsable quand il ne fait ces travaux « que pour nuire à autrui sans usage pour soi ;... ce serait une malice que l'équité ne souffrirait point [7] ».

Cette opinion est très généralement adoptée aujourd'hui [8]. Tous les auteurs invoquent l'équité. Un d'entre eux, M. Sourdat, est même allé plus loin, et fait appel à la charité. « L'exercice d'un droit, dit-il, doit toujours être limité par les principes divins de la charité, qui nous commandent de ne point faire aux autres ce que nous ne voudrions pas qui nous fût fait et de leur procurer même

1. Colmar, 2 mai 1855. D. 56.2.9.
2. Lyon, 18 avril 1856. D. 56.2.200.
3. Paris, 2 décembre 1871. D. 73.2.185.
4. Montpellier, 16 juillet 1866. S. 67.2.115.
5. Cassation, 6 juin 1857. S. 58.1.305.
6. *Dig.* XXXIX, 3, 1, § 12. *Denique Marcellus scribit cum eo qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi, nec de dolo actionem, et sane non debet habere, si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi, id facit.*
7. Domat, *Lois civiles*, liv. I, tit. VIII, sect. 3, n° 9. — *Comp.* Fournel, *Du Voisinage.* V° *Fumée*, t. II, p. 127.
8. Capitant, *op. cit., Rev. critique*, p. 168. — Fromageot, *De la faute*, p. 72. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des Biens*, n° 222. — Laurent, t. VI, n° 140, t. XX, n° 410. — Aubry et Rau, t. II, § 194, p. 199, note 19. — Toullier, t. II. n° 119, t. XI, n° 129. — Sourdat, *De la Responsabilité*, t. I, n° 439. — *Pandectes françaises. Rép.*, V° *Propriété*, n° 145.

autant de biens que nous pouvons sans nous nuire personnellement [1] ». Contre une telle argumentation la critique est facile. Ce sont là de beaux principes de morale ; mais la morale et le droit ont des domaines bien distincts qu'il faut se garder de confondre.

Sans tomber dans cette exagération, l'opinion de la jurisprudence reste fondée. La responsabilité édictée par l'article 1382 est essentiellement *subjective*. Le propriétaire doit se conduire en bon père de famille. Agit-il ainsi quand son activité ne tend qu'à faire le mal, et, ajoute M. Laurent, le législateur doit-il protection à celui qui emploie à faire le mal un droit qui lui a été accordé comme instrument de développement intellectuel et moral ? La conscience répond avec les jurisconsultes romains : *Malitiis non est indulgendum* [2] ». Il y a intention coupable ; lors même que l'acte ne constitue pas un délit pénal, il constitue certainement un délit civil.

M. Demolombe [3] et après lui M. Bufnoir [4] se sont élevés contre cette théorie.

En droit, disent-il, on ne peut demander compte de ses motifs au propriétaire ; car il exerce un droit. Par suite son activité apparaît comme objectivement légitime, et l'on n'a pas à scruter les replis de sa conscience. Son acte est l'expression d'un droit. Donc il est respectable, et à votre maxime : *Malitiis non est indulgendum* nous

1. Sourdat, *Traité de la Responsabilité*, t. I, n° 439.
2. Laurent, t. VI, n° 140.
3. Demolombe, t. XII, n° 648.
4. Bufnoir. *Propriété et contrat*, pp. 807-809. — M. Saleilles dans la première édition de son *Traité de l'obligation* avait également soutenu cette opinion. Le passage est reproduit dans la deuxième édition à la page 365. Mais à la note 2 de cette page l'auteur déclare que ce ne sont plus les idées qu'il défendrait aujourd'hui et à la page 370 (note 1) il discute la question dans une note savante, à laquelle nous emprunterons plus loin quelques passages.

opposons la nôtre : *Neminem lædit qui suo jure utitur.*

Mais si cette théorie est vraie, si on ne peut jamais scruter les motifs qui ont poussé un individu à agir, que devient donc la théorie traditionnelle de la faute, dont ces auteurs sont d'ailleurs des partisans convaincus ? Si on entre dans cette voie, ne faut-il pas dire alors aussi : tout individu a le droit d'agir, donc il ne saurait jamais être responsable des conséquences de cette activité. La proposition est singulièrement dangereuse ; mais ne l'est-elle pas tout autant en ce qui concerne la propriété ? Permettre au propriétaire d'agir dans le seul but de nuire à autrui, c'est transformer le droit que la loi lui reconnaît dans un but de paix sociale en un moyen de bouleverser cet ordre social !

Demolombe se rabat alors sur des considérations pratiques. « En fait, dit-il, cette recherche et cette inquisition seront pleines d'incertitude et deviendraient dans les relations de voisinage une source intarissable de querelles et de procès [1]. »

L'examen de la jurisprudence fournit la meilleure réponse à cette objection. Les arrêts ne sont pas bien nombreux sur la question ; dans tous l'intention délictuelle est nettement caractérisée. D'ailleurs ne vaut-il pas mieux au point de vue pratique une répression possible, quelles que soient les difficultés qu'elle entraîne, que de laisser se perpétuer entre voisins des luttes qui peuvent souvent les conduire à un état d'exaspération redoutable. Sans doute il faut apporter une grande circonspection dans l'examen des motifs. Tout acte qui présente une utilité pour le propriétaire est légitime, même si ce propriétaire se réjouis-

1. Demolombe, t. XII, n° 650.

sait en lui-même, à la pensée que cet acte causerait à son voisin un vif désagrément. Mais il y a des cas où l'intention est certaine ; quels motifs peut invoquer celui qui élève sur son toit une fausse cheminée affreuse, ou celui qui sur la lisière de son fonds fait un tapage effroyable pour empêcher son voisin de chasser.

Voilà pourquoi, on ne doit pas décider qu'entre deux modes d'exploitation, un propriétaire doit choisir celui qui est le moins nuisible à ses voisins ; voilà pourquoi encore il est absolument faux que l'on soit obligé de laisser peindre en blanc le mur de la maison que l'on possède afin que le voisin puisse en recevoir plus de jour [1]. M. Demolombe a beau jeu contre ces conséquences extrêmes. Ce qui démontre l'intention mauvaise, c'est justement que l'acte n'a aucune utilité pour celui qui le fait, et dans tous les cas on ne peut jamais sans servitude accomplir un acte quelconque sur le fonds d'autrui. On peut donc rejeter ces solutions et pourtant maintenir fermement le principe.

Il y a donc un double caractère qui permet de reconnaître assez facilement l'illicéité de ces actes : 1° intention de nuire à autrui ; 2° l'absence de toute utilité pour soi-même [2]. Toutes les fois que ces deux caractères se trou-

1. Pardessus, *Des Servitudes*, t. I, n° 642. Ainsi jugé par le tribunal de Péronne, 2 décembre 1836. Dal., *Rép.*, V° *Propriété*, n° 36. *Suppl.*, *eod.* V° n° 67.

2. Ancona, *Degli atti ad emulazione nell' esercizio del diritto di proprieta. Archivio giuridico*, 1894, vol. III, p. 292. Ancona définit l'acte d'*emulazione*, « l'intenzione di chi compié atti che normalmente sarebbero compresi nell' esercizio del suo diritto senza utilita propria, col fine di nuocere ad altri », p. 299. Ou encore « l'esecuzione di atti che normalmente entrerebero nella sfera di diritto di colui che li compie, il quale ad essi addiviene senza o con piccolissima sua utilita, e coll' unico scopo di nuocere ad altri », p. 299. — Voy. encore sur cette théorie des *actes d'émulation* qui semble être le point de vue auquel s'est placée la doctrine italienne en matière d'exercice

vent réunis, il y a un fait anti-social, donc répréhensible en lui-même [1], et un fait qui, au point de vue des principes du Code civil sur la faute, doit engager la responsabilité de son auteur, parce que celui-ci s'est écarté de la règle de conduite tracée par la loi qui règle et limite l'exercice de son activité.

Dans un certain nombre de législations on a prévu et réprimé spécialement des actes semblables, par exemple dans le Code prussien, le Code de Zürich, dans ceux de l'Urugay et du Guatemela [2]. La question a été surtout très nettement posée dans les travaux préparatoires du nouveau Code civil allemand. Tous les projets portés en discussion devant le *Bundesrath* partaient de cette idée que sans doute les droits individuels ne doivent être exercés qu'en respectant le but social poursuivi par leur reconnaissance, mais que cependant « cette appréciation purement contingente et concrète de la finalité sociale de l'exercice des droits ne pouvait pas tomber sous l'application de l'ordre juridique ; qu'il ne pouvait être question que d'une limite laissée à l'appréciation de la conscience individuelle ou collective, cette dernière étant juge de l'autre, et le seul juge qu'on pût lui imposer [3] ». En fait on en revenait à la maxime courante *Neminem lædit qui suo jure utitur*, à l'idée d'un droit subjectif absolu. Aussi l'article 705 du premier projet, qui déterminait les cas de

du droit de propriété : Cimbali, *La proprietà e i suoi limiti nella legislazione italiana*, 1879, dans *Archivio giuridico*, t. XXIV, 1880, p. 125, notamment à la page 151.

1. Sur cette conception de l'*acte anti-social*. Voy. Saleilles, *De l'Obligation*, 2e éd., note 1 de la page 370, sous la page 372.

2. Preussiches Landrecht, I, 8, §§ 26 à 28. — Code de Zurich, art. 618 et 619 (Ce Code a été rédigé par Blüntschli). — Code civil Urugay, art. 1282. — Code civil de Guatemala, art. 2296.

3. Saleilles, *De l'Obligation*, p. 370, note 1.

responsabilité civile, n'admettait cette responsabilité que quand il y avait « un fait ne rentrant pas dans l'exercice d'un droit ». Le Bundesrath posa au contraire très nettement le principe que tout exercice du droit de propriété motivé uniquement par l'intention de nuire est illicite [1]. La commission du Reichstag supprima dans son principe l'irresponsabilité fondée sur l'exercice d'un droit [2], et généralisant la proposition admise par le Bundesrath, elle déclare que : « Quiconque use de son droit dans le but uniquement de nuire à autrui fait un acte illicite » (art. 226 actuel).

Dans les pays où la législation n'exprime pas aussi formellement le principe, la jurisprudence n'a pas hésité à admettre la même solution, et on peut dire que c'est aujourd'hui une règle universellement adoptée. Elle est en effet indispensable au fonctionnement pacifique de l'organisme social.

Ce qu'il faut maintenir, c'est que cette règle juste et utile n'est nullement contraire aux principes de notre Code civil. Ces principes reposent uniquement sur l'appréciation de la conduite de l'auteur de l'acte. Or ici cette con-

1. M. Saleilles exagère un peu quand il fait grand honneur au Bundesrath d'avoir posé « la conception vraiment sociale du droit subjectif, en écrivant... ce grand principe, qui, pour la première fois, l'une des premières tout au moins, allait être consacré dans une législation moderne ». Le principe de la répression des actes inspirés uniquement par une intention mauvaise est loin d'avoir une telle portée sociale, et en second lieu il était déjà consacré par un certain nombre de Codes, et c'était dans la doctrine de tous les pays une idée courante.

2. L'article 705 du premier projet, devenu l'article 810 du quatrième projet et l'article 826 du Code actuel fut ainsi rédigé. « Quiconque par un fait contraire aux bonnes mœurs cause intentionnellement un dommage à autrui, doit réparation du dommage causé » On a supprimé les mots : « fait ne rentrant pas dans l'exercice d'un droit ». — Tous les articles du Code civil allemand sont cités d'après la traduction qu'en a donné M. de Meulenaëre. Paris, Marescq, 1897.

duite est au premier chef répréhensible, moralement et juridiquement, donc l'acte est illicite [1].

III. Imprudences et négligences imputables au propriétaire. — L'article 1383 déclare d'une façon très générale que chacun répond de ses imprudences et de ses négligences ; le principe est applicable au propriétaire, comme à tout individu qui exerce son activité. Scrutant sa conduite, nous découvrons qu'il n'a pas agi en bon père de famille, lorsqu'il pouvait faire un acte en en évitant toutes les conséquences dommageables, et que, négligeant les précautions les plus élémentaires, il ne s'est pas préoccupé des suites de son action.

On voit nettement la différence avec le dommage intentionnel. Tout à l'heure l'acte n'avait aucune utilité pour

1. La question de l'intention délictuelle dans l'exercice des droits se pose d'ailleurs en d'autres matières que dans l'étude du droit de propriété. Voy. notamment Jaubert, *Des effets civils de la bonne foi.* Thèse, Paris, 1899, p. 40 et 39. — Conclusions de M. le proc. gén. Roujat sous Grenoble, 23 octobre 1890. S. 93.1.41. — Sauzet, *Étude sur le nouvel article* 1780 *Civ. Annales de droit commercial,* 1891. — Mongin, *Le droit de congé et le louage de services. Revue critique,* 1893. — Charmont, *Examen doctrinal de jurisprudence civile. Revue critique,* 1895. — Duffau-Lagarosse, *Du droit aux dommages-intérêts dans le louage de services à durée indéterminée d'après la loi du* 27 *déc.* 1890. *Rev. critique,* 1899. — Dernburg, *Pandekten,* § 41. — Sur les procès téméraires faits de mauvaise foi, et la jurisprudence qui condamne le plaideur à des dommages-intérêts. Voy. Bosc, *Éléments constitutifs du délit civil.* Thèse, Montpellier, 1901, p. 108. — Sarrut, Note sous Cassation, 5 avril 1894. D. 96.1.241. — Sur l'intervention dolosive dans l'exercice du droit de grève. Bosc, *thèse citée,* p. 120. — Esmein, Note sous Cassation, 29 juin 1897. S. 98.1.21 (Affaire Resseguier-Jaurès. Dans cette note M. Esmein condamne toute recherche d'intention, craignant sans cela une confusion entre la faute morale et la faute juridique). — Planiol, Note sous Lyon, 2 mars 1894. D. 94.2.305. — Merignhac, Note sous Cassation, 29 juin 1897. Pand. fr. 97.1.337. — Charmont, *Examen doctrinal de jurisprudence civile. Rev. critique,* 1898. — Voy. enfin une intéressante application légale de cette idée dans l'art. 1869 du Code civil. Dans les sociétés à durée illimitée, une des parties peut toujours dissoudre la société, mais à condition que sa demande ne soit pas inspirée par une intention mauvaise.

celui qui l'accomplissait ; maintenant au contraire nous supposons qu'il présente des avantages incontestables pour son auteur ; mais on aurait pu en retirer les mêmes avantages ou à peu près sans causer de dommage à autrui. Il y a donc conduite répréhensible et par suite faute, faute morale et faute civile à n'avoir pas pris les précautions qui l'auraient empêché. « Partout où la loi aperçoit qu'un citoyen a éprouvé une perte, disait le tribun Bertrand de Greuille, elle examine s'il a été possible à l'auteur de cette perte de ne pas la causer, et si elle trouve en lui de la légèreté ou de l'imprudence, elle doit le condamner à la réparation du mal qu'il a fait [1]. »

Empruntons un exemple à la jurisprudence. Un propriétaire creuse un canal sur son fonds, presque sur sa limite et très profondément, sans l'étancher, sans en étayer les talus ; l'eau suinte, s'infiltre dans les caves d'un voisin, mine les murs, et amène la ruine de la maison. Le propriétaire du canal est responsable ; il avait bien le droit de creuser chez lui un fossé, mais il devait prendre les précautions indispensables pour éviter un dommage bien facile à prévoir ; il a mal agi, donc il est responsable. Les auteurs sont unanimes à le décider [2], et la jurisprudence a fait de fréquentes applications de cette idée [3]. Les tribunaux déclarent que, s'il est vrai que chacun peut user de son

1. Fenet, t. XIII, p. 474. Comp. le discours de Tarrible. Fenet, *ibid.*, p. 487.

2. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des biens*, n° 219. — Blondel, *Note au Sirey*, 1897.1.274. — Capitant, *op. cit.*, *Revue critique*, 1900, p. 169 et 174. — Aubry et Rau, t. II, § 194, p. 194. — Demolombe, t. XI, n° 51. — *Pand. franç. Rép.*, V° *Propriété*, n°s 131 et s. et 139.

3. Caen, 26 juillet 1876. S. 77.2.253. — Dijon, 16 mai 1876. S. 76.2.263. — Bourges, 19 février 1872. D. 72.2.184. — Dijon, 13 décembre 1867. S. 68.2.219. Colmar, 25 juillet 1861. S. 61.2.578. — Cassation, 3 juillet 1849. S. 49.1.624. — Cassation, 11 avril 1848. S. 48.1.395.

fonds comme il l'entend « à l'exercice du droit correspond l'obligation de prendre toutes les mesures nécessaires pour ne pas nuire aux voisins [1] ». Il y a une question de fait à résoudre. Il est évident que s'il était inutile de prendre des mesures spéciales, et si l'écroulement des bâtiments voisins était dû à une cause toute accidentelle, par exemple le glissement d'une couche de terrains par suite de la constitution géologique du sol, personne ne saurait en être responsable. Même en admettant que ce glissement ait été amené par les fouilles, si les fouilles ont été faites avec toutes les précautions voulues, la même solution s'impose. Personnellement le propriétaire n'a rien à se reprocher [2].

On applique les mêmes règles dans le cas où il y a production de vapeurs, de fumées et de bruits intenses, que quelques précautions éviteraient, par exemple en évitant d'appuyer la machine contre le mur ou en donnant une autre direction aux tuyaux de cheminées [3].

Enfin il y a eu de fréquentes applications dans le cas où l'incendie d'un immeuble a communiqué le feu aux immeubles voisins. La présomption établie pour les recours entre colocataires [4] ne s'applique plus ici ; il faut s'en référer purement et simplement aux principes généraux. Le feu est par rapport à l'immeuble auquel il est communiqué un cas fortuit ; le propriétaire n'a pas voulu amener ce désastre qui l'atteint le premier, et n'a pas pu l'empêcher. Mais pouvait-il impunément laisser brûler son propre immeuble avec tous les risques que comporte cet incendie.

1. Colmar, 25 juillet 1861. S. 61.2.578.

2. Cassation, 29 novembre 1832. S. 33.1.19.

3. Cass. Req., 19 janvier 1876. S. 76.1.145. — Bourges, 13 janvier 1876. S. 76.2.264 — et pour le bruit causé par un bal public. Bordeaux, 21 mai 1867. D. 69.2.159.

4. Article 1783, Civ. — Voy. Paris, 16 décembre 1889. D. 90.2.364.

Évidemment non. Il devait prendre les précautions nécessaires pour qu'un incendie ne pût pas éclater et se propager. S'il n'a pas pris ces précautions, par exemple s'il a accumulé chez lui des matières inflammables sans assurer des secours contre le feu, il a commis une négligence, il n'a pas usé de sa chose en bon père de famille, il est responsable [1]. C'est donc toujours l'examen de sa conduite individuelle qui fournit le principe de sa responsabilité.

Toutes ces solutions sont, dit-on, parfaitement conformes au principe de la responsabilité délictuelle. Pourtant on ne peut s'empêcher de reconnaître que la faute est ici bien moins caractérisée que dans le dommage intentionnel. Car enfin nous supposons un acte utile au propriétaire, et nous lui enjoignons de rendre cet acte plus onéreux pour lui, puisqu'il sera forcé de prendre certaines précautions. Sans doute il y a un devoir moral à ne pas causer de dommage à autrui, mais y a-t-il vraiment un devoir civil? La jurisprudence est allée très loin dans cette voie. Elle décide « que le propriétaire doit prendre toutes les précautions que les circonstances commandent pour pouvoir préserver son voisin de tout dommage, et il ne lui suffirait pas pour mettre sa responsabilité à couvert de se conformer aux règles ordinaires de l'art, si à raison de la nature particulière des travaux entrepris, ou à raison de la nature particulière du sol dans lequel ils doivent être exécutés il y avait à prendre des mesures spéciales, des précautions exceptionnelles pour éviter le dommage [2] ». Sans doute on

1. Aix, 4 juillet 1894. D. 95.2.167. — Cassation, 7 mars 1892. D. 92.1.502. — Paris, 16 décembre 1889. D. 90.2.364. — Cassation, 17 décembre 1878. S. 79.1.53.

2. Colmar, 25 juillet 1861. S. 61.2.578. Note de M. Carette, approuvant l'arrêt.

se place toujours au point de vue de l'auteur de l'acte, puisqu'on suppose qu'il connaissait la situation spéciale, mais ne lui impose-t-on pas de bien lourds devoirs ? Il nous semble que l'on exige de lui non plus une conduite de bon père de famille, ce qui suppose surtout l'examen de l'intérêt individuel bien compris, mais une conduite de citoyen modèle.

Si l'on s'attachait en effet à une conception purement individualiste du droit de propriété, il faudrait dire que le propriétaire ne saurait dans ce cas être responsable. Quelle est en effet la formule de la faute ? C'est l'acte que ne commettrait pas un bon père de famille. Cette formule nous permet de réprimer l'acte accompli pour nuire au voisin et qui ne présente aucune utilité pour soi-même. Mais au contraire imprudences et négligences ne sauraient entraîner aucune responsabilité parce que le propriétaire a bien géré sa chose, qu'il a évité des frais inutiles pour lui, et qu'à son point de vue strictement égoïste il ne pouvait faire mieux.

Pourtant on déclare qu'il y a faute. C'est donc qu'à la conception du bon propriétaire, on substitue celle du bon citoyen, c'est-à-dire de celui qui consent à faire taire son intérêt privé devant l'intérêt d'autrui, et par cela même on introduit dans la conception de la responsabilité et de la propriété un caractère social. Le propriétaire doit s'imposer des frais plus considérables, prendre des précautions exceptionnelles pour ne nuire à personne[1]. Il doit se préoccuper des conséquences de l'acte, de sa finalité sociale, quitter le

1. Domat, *Lois civiles*, an II, art. VIII, sect. 4, n° 8 : « Ceux qui pouvant empêcher un dommage que quelque devoir les engageait à prévenir y auraient manqué pourront être tenus suivant les circonstances. » Mais ce devoir doit être formellement exprimé par la loi.

point de vue individuel pour se placer à un point de vue d'utilité générale[1]. Voilà comment, même dans cette application pourtant bien nécessaire du principe de la responsabilité, apparaît une première déformation de la conception d'un droit illimité et absolu.

Présomption légale de négligence de l'article 1386. — La loi elle-même a dans un cas particulier déclaré le propriétaire responsable de sa négligence, et elle a établi contre lui une présomption de faute. La contiguïté avec une construction entraîne de grandes chances de dommages, si cette construction vient à s'écrouler. Le droit romain avait prévu spécialement cette hypothèse, et il permettait d'exiger la *cautio damni infecti*[2]. Mais aujourd'hui les maires ont seuls qualité pour prendre des arrêtés en cas de péril provenant de la dégradation d'un bâtiment[3] et les particuliers n'ont pas le droit d'exiger qu'un propriétaire répare ou démolisse[4]. Ces sortes de dommages sont donc relativement fréquents. Or la chute d'un bâtiment se présente avec les apparences d'un cas fortuit, et d'après la règle générale, ce serait à la victime à prouver la faute du propriétaire de l'édifice, preuve difficile, sinon impossible.

C'est à ces inconvénients que l'article 1386 vient remédier. Il édicte contre le propriétaire une présomption

1. C'est en ce sens que M. Picard écrit : le droit doit être exercé *civiliter* (*Le droit pur*, p. 241).

2. *Dig.* XXXIX, 2, 6, § 9.

3. Loi du 5 avril 1884, art. 97. Code pénal, art. 471, § 5.

4. Baudry-Lacantinerie, *Précis*, t. II, n° 1 356. — Laurent, t. XX, n° 646. — Aubry et Rau, t. IV, § 448, note 18. — *Contrà*, Demolombe, t. XI, n° 662. — Larombière, *Des obligations*, t. V, sur l'art. 1386, n° 8. — Berriat de Saint-Prix, *Revue critique*, 1861, p. 210 et s. — Dalloz, *Rép.* V° *Responsabilité*, n° 768 et 769. *Suppl. eod.* v° n° 967. — Ces auteurs font remarquer que du moment qu'un danger existe il y a dommage né et actuel pouvant motiver réparation.

de faute, provenant du défaut d'entretien ou d'un vice de construction. Ce n'est pas là un principe particulier de responsabilité [1] et l'article 1386 n'est qu'une application de l'idée qui a inspiré l'article 1382. On suppose une faute du propriétaire. Les travaux préparatoires [2] et la place même de l'article 1386 dans le Code civil le prouvent suffisamment.

Cette faute est une négligence spéciale. La loi n'a établi en effet la présomption que lorsque la ruine provient d'un défaut d'entretien ou d'un vice de construction. Si le propriétaire n'avait pas négligé de faire les réparations, la ruine ne serait pas arrivée ; s'il avait mieux choisi et surveillé ses ouvriers, il n'y aurait pas eu de vice de construction. Dans le premier cas il y a *culpa in ommittendo,* dans le second *culpa in eligendo* (choix des ouvriers et de l'entrepreneur) ou *in vigilando* (défaut de surveillance [3]).

L'article 1386 est donc bien dans son principe la consécration législative de cette idée qu'une imprudence commise dans l'exercice d'un droit peut engager la responsabilité du propriétaire. Mais c'est une disposition toute spéciale, en ce que l'on n'exige pas que la victime fasse la preuve de la faute de l'auteur [4] ; il y a donc une présomption de faute [5]

1. *En ce sens:* Demolombe, t. XXXI, n° 656. — Willems, *Essai sur la responsabilité édictée par les articles* 1382-1386 *du Code civil. Revue générale de droit,* 1895, p. 512. — *Contrà*, Huc, t. VIII, n° 454.

2. Discours de Bertrand de Greuille. Fenet, t. XIII, p. 477. — de Regnault de Saint-Jean-d'Angély au Conseil d'Etat sur l'article 20 (futur art. 1386). Fenet, *ibid.*, p. 455. — Cf. Malleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code au Conseil d'Etat,* t. III, p. 163.

3. Voy. les conclusions de M. l'avocat général Sarrut, dans l'affaire Guissez-Teffaine. D. 97.1.440.

4. Cassation, 19 avril 1887. D. 88.1.27. S. 87.1.217.

5. M. Planiol, *Précis,* t. II, p. 288, n° 964, déclare que l'art. 1386 n'établit aucune présomption de faute, puisque la victime doit prouver le défaut d'entretien ou le vice de construction. Mais il reconnaît lui-même qu'un de ces

et une présomption invincible [1]. Le propriétaire attaqué ne peut pas démontrer qu'il n'a commis aucune négligence ; la nature même de la faute que l'on présume contre lui rend cette preuve impossible. Il ne devait pas ignorer que son bâtiment avait besoin d'être réparé [2], il ne peut pas prouver qu'il ne connaissait pas le vice de construction, car la loi lui fait justement un grief de son ignorance. Quand le vice de construction ou le défaut d'entretien sont établis, la loi ne lui permet plus aucune preuve, le débat est terminé.

En dehors de ce cas tout spécial [3], il faut maintenir la règle générale, exiger la preuve de l'imprudence et de la négligence de la part de celui qui l'invoque, et ne condamner que lorsque la preuve est rapportée.

deux faits étant prouvés, le propriétaire du bâtiment est *nécessairement condamné sans pouvoir se disculper*. Or cette condamnation est évidemment fondée sur une faute d'après les principes du Code civil. N'est-ce pas dès lors jouer sur les mots que de nier qu'il y ait là une présomption de faute ? La présomption est subordonnée à la preuve de certains faits, mais elle n'en existe pas moins.

1. Cassation, 28 février 1899. D. 99.1.228. — Dijon, 21 janvier 1869. S. 70.2.74. — Toulouse, 25 mai 1892. S. 92.2.221. — Moulins, 8 janvier 1887. S. 87.2.173. — Rouen, 19 juillet 1872. S. 72.2.149. — L'article 1386 se retrouve dans d'autres législations. Voy. par ex. *Code civil espagnol de* 1889, art. 1906-1907. — Lehr, *Éléments de droit civil espagnol*, 2e partie, 1890, n° 666, p. 341.

2. Pourtant il s'est présenté un cas où la présomption n'avait aucun fondement sérieux. C'est le cas de l'arrêt de la Cour de Dijon du 21 janvier 1869, précité. Il s'agit d'une commune, propriétaire d'un monument historique classé, et qui n'a pas le droit de le réparer. Le monument s'écroule, on déclare la commune responsable de la chute occasionnée par le défaut d'entretien. Sans doute elle ne devait pas ignorer la situation, mais d'elle-même elle ne pouvait y remédier.

3. L'article 1386 a subi une extension très remarquable de la part de la jurisprudence ; mais cette extension ne nous intéresse pas, car chose curieuse on a essayé d'étendre cet article aux accidents causés par des choses mobilières. Voy. Josserand, *De la responsabilité du fait des choses inanimées*, 1897, p. 42 et s.

IV. Exercice légitime du droit de propriété. — En dehors de ces cas, le propriétaire doit être irresponsable de toutes les conséquences de ses actes, parce qu'il exerce un droit, quels que soient les dommages que l'exercice de ce droit cause aux voisins. C'est l'application de la vieille maxime : *Neminem lædit qui suo jure utitur*. Quand le propriétaire agit raisonnablement, nul ne peut lui demander compte de ses actes, pas même ceux qui sont lésés. La reconnaissance du droit par la loi a comme première et très importante conséquence d'assurer l'impunité à celui qui exerce ce droit. Il ne saurait être coupable en agissant dans la limite assignée à son activité. Donc il ne saurait être responsable.

C'est la condition commune de tous les propriétaires. Elle n'a rien d'injuste puisque chacun supporte des inconvénients et en occasionne ; et elle est nécessaire au point vue social pour la libre utilisation du sol. C'est l'égalité sous le régime de la libre concurrence.

Chaque propriétaire peut donc agir librement, pourvu qu'il se conduise en bon père de famille. Ainsi un individu bâtit un mur sur la limite de son fonds ; plus tard ce mur le gênant, il veut le démolir, c'est son droit ; mais cette démolition entraîne la chute d'une construction que le voisin avait appuyée contre ce mur, sans avoir d'ailleurs aucune servitude. Ici, quelques précautions que l'on prenne, la ruine du bâtiment est impossible à éviter ; et par conséquent celui qui démolit son mur, ne saurait être responsable [1]. Autre exemple : un fonds est bordé par une rivière qui tend à l'envahir ; le propriétaire endigue la rivière ; il agit très sagement, en empêchant l'inondation

1. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des Biens*, n° 218. — Aubry et Rau, t. II, § 194, p. 198. — *Pandectes françaises*. V° *Propriété*, n° 143.

de ses terrains ; mais la rivière qui ne peut plus l'envahir va se répandre sur les fonds situés en aval : tant pis pour ces propriétaires, ils n'ont qu'à prendre les mêmes précautions et à construire des digues eux aussi [1]. Sans doute l'article 640 défend au propriétaire d'élever des travaux empêchant l'écoulement des eaux pluviales ; mais le cas est ici tout différent : car d'abord il ne s'agit pas d'eaux pluviales, et en second lieu ce sont des travaux exécutés par le propriétaire du fonds supérieur. Le cas inverse s'est présenté : un propriétaire laisse le cours d'eau qui le borde ronger son terrain, il ne fait aucuns travaux de défense, et l'eau arrivant jusqu'au pied des maisons voisines amène leur chute. Est-il responsable ? La Cour de Gand dans un arrêt du 3 mars 1854 n'a pas admis cette responsabilité, parce que, dit-elle, le propriétaire a le droit de laisser dépérir sa chose [2]. La question n'est pas tout à fait aussi simple ; car en laissant dépérir sa chose, sans se soucier des conséquences de sa ruine, le propriétaire commet une négligence grave, pouvant aux termes de l'article 1383 engager sa responsabilité. La considération déterminante c'est que les propriétaires voisins auraient pu faire eux-mêmes ces travaux de défense ; s'ils ne les ont pas faits, ils ont été négligents, et sont malvenus à se plaindre de la négligence des autres. Mais si nous nous trouvons dans une telle situation que par la nature des lieux, le propriétaire du fonds en ruine pourrait seul faire les travaux nécessaires pour empêcher les dommages en résultant, il serait responsable de

1. Cassation, 11 juillet 1860. D. 61.1.110. — En ce sens Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 219. — Laurent, t. VI, n° 141.

2. Gand, 3 mars 1854. Pasicrisie belge 1854.2.238, cité par Laurent, t. VI, n° 141.

sa négligence ; tout au plus pourrait-on exiger qu'il ait été prévenu et sommé de faire les travaux [1].

Il peut arriver que l'exercice du droit de propriété transforme complètement la situation antérieure des lieux sans qu'il y ait aucune responsabilité encourue. Ainsi par exemple un propriétaire peut élever le sol de son immeuble de telle façon que sa vue plonge chez le voisin. Ce dernier serait malvenu à se plaindre ; il n'a qu'à élever des murs à la hauteur voulue. C'est ce que le Conseil d'Etat a décidé à propos d'un terrain qui, transformé en route sur remblai, dominait après ces travaux le jardin d'un couvent [2].

D'une façon générale, toutes les fois que l'on prend les précautions nécessaires, on peut exercer son droit comme on l'entend, installer chez soi par exemple un théâtre ou une industrie [3], quels que soient les inconvénients qui en résultent pour autrui [4]. Nous devons pourtant signaler plus particulièrement deux cas qui se présentent fréquemment en pratique, et qui sont toujours cités comme exemples dans toutes les théories.

Le premier est celui où l'on construit devant une habitation, lui enlevant ainsi toute la vue dont elle jouissait.

1. Voy. d'autres hypothèses. Cass. Req., 28 juillet 1874. D. 75.1.317. — Bordeaux, 12 avril 1866. D. 66.2.179.

2. Conseil d'État, 28 mai 1879. D. 79.3.69.

3. Pour le théâtre : Cassation, 6 février 1865. S. 66.1.402. — Pour l'industrie, Marseille, 2 mars 1854. S. 58.1.305.

4. Cassation, 11 novembre 1896. S. 97.1.274.— Voy. aussi Paris, 5 mars 1901. *Gaz. Trib.* 1901. 2.33. Voici l'hypothèse dans laquelle statue ce dernier arrêt. La Compagnie d'assurances du New-York-Life avait construit une maison monumentale et entouré le chantier d'une barrière. Un marchand de tableaux voisin prétendit que l'on ne passait plus près de sa boutique par suite de l'existence du chantier, et le tribunal de la Seine le 9 juillet 1900 lui accorda 2000 fr. de dommages-intérêts. Ce jugement a été réformé par la Cour d'appel de Paris.

S'il n'y a pas de servitude stipulée, on ne peut empêcher sous ce prétexte le propriétaire de construire[1]. C'est la solution constamment proclamée aussi bien en droit romain[2] que dans notre ancien droit[3]. Un droit de propriété qui ne permettrait pas de bâtir serait un droit d'une utilité bien restreinte ; il faut un accord formel pour qu'il en soit ainsi. Un arrêt très ancien de la Cour de Bruxelles, du 23 août 1810, avait donné la solution contraire dans le cas d'exhaussement du mur mitoyen[4]. Cette jurisprudence n'a pas été suivie, et en France elle est depuis 1855 nettement fixée en sens contraire[5].

Le second cas était également déjà prévu par les auteurs romains[6] et la jurisprudence très fournie à ce sujet montre que son importance pratique n'a fait que croître depuis lors. Le propriétaire du sol est propriétaire des sources qui jaillissent sur le sol. Un voisin fait des fouilles dans un but quelconque ; il rencontre une veine de source et l'eau se met désormais à sourdre sur son fonds ; il en est propriétaire. Mais cette veine était celle qui alimentait la source voisine ; celle-ci tarit, son propriétaire a-t-il un recours contre l'auteur des fouilles ? La négative est unanimement adoptée par la doctrine[7]. La loi

1. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 218. — Fromageot, *De la faute*, p. 75. — Aubry et Rau, t. II, § 194, p. 198. — Demolombe, t. XII, n° 647, p. 133. — Laurent, t. VI, n°142, p, 191. — Sourdat, *Responsabilité*, t. I, n° 425. — *Pand. françaises.* V° *Propriété*, n° 143.

2. Ulpien, *Dig.* VIII, 2, 9, *Cum eo qui tollendo obscurat vicini ædes, quibus non serviat, nulla competit actio.*

3. Pothier, *Société*, n° 245.

4. Bruxelles, 23 août 1810. S. 11.2.256.

5. Cassation, 31 juin 1855. D. 55.1.390.

6. Ulpien, *Dig.* XXXIX, 3, 1, § 12. *Cum eo qui in suo fodiens vicini fontem avertit nihil posse agi.* — Comp. pour notre ancien droit. Bannelier sur Davot, *Des droits de voisinage*, II, VIII, § 2, n° 45, note 1.

7. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 218. — Fromageot, *De la faute*, p. 75. — Capitant, *Des obligations de voisinage. Revue critique*, 1900, p. 181. — Aubry et Rau, t. II, § 194, p. 198. — Laurent, t. VI, n° 142, p. 192. — Pardessus,

du 14 juillet 1856 est venue donner un appui légal à cette opinion qui pouvait déjà se réclamer de l'article 552, § 2, et de l'article 674, § 1er. Cette loi en établissant un périmètre de protection pour la conservation des eaux minérales, suppose la liberté de droit commun. La jurisprudence est d'ailleurs constante sur ce point[1]. Sans doute cette solution peut présenter de graves inconvénients pratiques ; la source primitive pouvait être utilisée pour un usage public. Peu importe que l'eau servit au pur agrément du propriétaire, à l'agriculture, à un établissement industriel ou à un intérêt plus général, il ne saurait jamais y avoir d'action en responsabilité. Il ne faut pas se placer au point de vue de la victime, mais au point de vue de l'auteur de l'acte, et on ne peut rien lui reprocher.

Il peut arriver qu'au lieu de couper la source, on la corrompe, par exemple en établissant une usine, dont les infiltrations correspondent avec la veine d'eau. Les auteurs déclarent que l'on est responsable de cette corruption des eaux[2]. Cette théorie nous étonne profondément. Sans doute c'est celle de la jurisprudence, mais des trois arrêts que l'on peut citer en ce sens, deux invo-

Servitudes, t. I, n° 76. — *Pandectes françaises*, *Répertoire*, V° *Propriété*, n° 147 — Voy. égal. Venezian, *Rivista critica di giurisprudenza controversa. Recisione di vena d'acqua. Archivio giuridico.* Nova Serie, vol. I, 1898, p. 131.

1. Cassation, 25 octobre 1886. S. 87.1.373 (Motifs). — Cassation, 14 février 1882. D. 83.1.197 (Motifs). — Conseil d'État, 21 février 1879. D. 79.3.69 (Motifs). — *Fouilles faites par une Compagnie de chemins de fer* : Conseil d'État, 14 décembre 1877. D. 78.3.62. — Conseil d'État, 16 mai 1870. D. 71.3.28. — *Mines* : Cassation, 12 août 1872. S. 72.1.353. — Liège, 10 janvier 1867. S. 69.1.413 en note. — *Creusement d'un puits* : Montpellier, 16 juillet 1866. S. 67.2.115. — *Recherches de sources minérales* avant la loi de 1856 : Cassation, 4 décembre 1849. S. 50.1.33. — *Divers* : Conseil d'État, 10 août 1860. D. 61.3.17. — Cassation, 21 juillet 1836. S. 36.1.819. — Cassation, 13 janvier 1835. S. 35.1.957. — Cassation, 29 novembre 1830. S. 31.1.110.

2. Blondel, *Note au Sirey*, 1897.1.274. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 219. — Demolombe, t. XI, n° 58.

quent la négligence du propriétaire, et le troisième est une extension très remarquable de la théorie de la faute[1]. Mais pour qui se place strictement au point de vue de l'article 1382 cette solution est inexplicable. Prenons par exemple l'arrêt de la Cour de Besançon ; il statue sur l'espèce suivante : en creusant une mine de sel gemme, on rencontre une veine de source, qui, passant désormais sur des couches de sel, ira jaillir chez le voisin comme source salée nuisible à toute végétation. L'arrêt déclare l'exploitant de la source responsable. Mais, remarquons-le, le dommage est moins grand que si la source était complètement asséchée ; on conserve tout au moins l'agrément d'avoir un cours d'eau, et les eaux, pour être salées, n'ont rien d'insalubre. Comment comprendre dès lors que l'auteur des fouilles soit responsable dans ce cas et ne le soit pas dans le cas de tarissement complet. Il y a là des solutions contraires, que l'on ne peut expliquer au point de vue de la faute, et qui, parfaitement justes en elles-mêmes, embarrasseront tous les auteurs.

Nous avons montré par ces quelques exemples l'omnipotence des pouvoirs du propriétaire. Il serait inutile et impossible d'énumérer et d'analyser tous les actes qu'il peut faire, puisque par définition son droit les comprend tous, hormis ceux qui sont expressément défendus par un texte formel. Interprétant la loi, la jurisprudence a ajouté à cette interdiction la défense de faire des actes dans la seule intention de nuire, l'obligation de ne commettre ni imprudences, ni négligences, et c'est tout. Telle est la théorie du Code civil, dégagée de toutes les constructions juridiques que l'on tentera plus tard.

1. Cassation, 7 février 1894. S. 95.1.278. — Cassation, 21 juillet 1887. D. 87.1.391. — Besançon, 6 mars 1888. D. 89.2.223.

CHAPITRE IV

L'EXTENSION DE LA FAUTE

Le lendemain de la promulgation du Code civil l'insuffisance de la loi apparut de toute part. Appliquer l'article 1382 avec les seules conséquences juridiques qu'il entraînait, c'était faire de la propriété un véritable droit anti-social. On arrivait à des principes bien plus rigoureux que ceux de notre ancien droit et cela au moment même où un état social nouveau demandait un principe plus large de responsabilité.

L'application stricte de l'article 1382 aboutit en effet à n'admettre de responsabilité que dans deux cas bien particuliers, actes accomplis dans une intention malfaisante et imprudences graves. En droit romain, où pourtant la propriété était bien considérée comme un droit absolu, nous avons rencontré des décisions spéciales, uniquement inspirées par l'équité, qui réfrènent l'absolutisme du droit. Dans notre ancienne jurisprudence française toutes nos juridictions guidées par des principes de justice se refusent à admettre qu'un propriétaire puisse faire chez lui tout ce qu'il lui plaît sans devoir à personne aucune réparation. Et l'on voudrait que la substitution à

toutes ces actions particulières du grand principe contenu dans l'article 1382 aboutisse à l'exagération absurde des droits du propriétaire, alors que l'on espérait en posant une règle aussi générale arriver au contraire à des réparations plus larges et plus fréquentes ! Autrefois on n'était pas embarrassé par des principes doctrinaux ; les pouvoirs très étendus, reconnus aux juridictions leur permettaient de faire triompher la cause qui leur semblait la plus juste alors même qu'aucun texte précis n'indiquait la solution. Mais aujourd'hui, limités constitutionnellement dans leurs attributions, dominés par la puissance régulatrice de la Cour de cassation, nos cours et tribunaux ne peuvent qu'appliquer la loi, ou tout au moins doivent toujours déclarer qu'ils l'appliquent. Or la loi nous dit simplement : le droit de propriété est absolu ; conséquence fatale : le propriétaire n'est pas tenu de réparer le dommage qu'il cause à autrui ; car peut seul être tenu celui qui commet une faute, et il n'y a pas de faute à user de son droit.

Sans doute, nous l'avons vu, ce principe comporte deux restrictions : l'intention délictuelle et l'imprudence grave entraînent responsabilité. C'est l'application du droit commun. Mais l'intention mauvaise est en somme assez rare ; c'est une situation exceptionnelle ; ce n'est pas le conflit régulier, fréquent et journalier. Il faut la réprimer ; mais lorsqu'on a édicté cette répression, on n'a presque rien fait ; le problème demeure en pratique presque intact. La responsabilité pour cause d'imprudence est une seconde amélioration, bien faible et bien insuffisante encore. Il faudra tout d'abord une imprudence grave, caractérisée, et non un de ces mille petits oublis journaliers qui ne sauraient nous être reprochés.

Et cette imprudence existerait-elle, comment la prouvera-t-on ? Cette preuve du fait dommageable, toujours si difficile, qu'Ihering appelait « la rançon du droit » devient ici comme en matière d'accidents du travail presque impossible à faire. Dans les deux cas en effet, la victime est étrangère à l'acte, elle n'y a pas participé directement ; elle ne peut par conséquent démontrer ni l'imprudence commise, ni le rapport de causalité entre le dommage survenu et l'acte initial. Un propriétaire ne peut pas venir surveiller de quelle manière son voisin effectue des fouilles, dispose ses bâtiments, aménage son fonds ; il ne voit que la façade extérieure des actes. Souvent aussi quand l'accident survient, la disposition et l'aménagement des deux fonds sont brusquement modifiés ; comment alors celui qui a été victime de l'éboulement, de l'incendie, peut-il venir prouver qu'il y avait des dispositions défectueuses, que l'on avait négligé certaines précautions ? Suffira-t-il de répondre que la difficulté de la preuve n'infirme en rien la vérité des principes ? Assurément non ; car il ne s'agit pas ici d'une difficulté plus ou moins grande dans telle ou telle hypothèse particulière, mais d'une presque impossibilité inhérente à la nature même du dommage. Si le principe posé ne peut pratiquement aboutir à aucune conséquence, il est bien inutile de le poser.

En admettant même une application facile de ces règles, le système législatif ainsi constitué est-il satisfaisant ? C'est une restriction de la responsabilité par rapport à la jurisprudence antérieure ; c'est l'idée du droit subjectif et absolu poussé presque jusque dans ses dernières conséquences ; c'est la suppression pure et simple de tout élément social dans la conception de la propriété, l'exalta-

tion de l'individualisme. Il y a donc là un système logique, que l'on ne peut pas condamner en lui-même, pas plus que tout autre système juridique, en se plaçant à un point de vue idéal et abstrait. Mettons-le donc aux prises avec les réalités pratiques, et demandons-nous simplement si ce système nouveau dans l'histoire de notre législation, correspondait à un changement de situation, à une transformation des besoins de l'individu.

Nous constatons alors que de la Révolution date en effet une transformation immense des idées et de l'état social. Sans doute les idées individualistes ont triomphé par une réaction nécessaire contre toutes les restrictions antérieures de la liberté; mais ce n'est pas pour bien longtemps. Il se produit en effet dans l'état social une transformation telle, que, si elle avait pu être prévue, elle aurait entraîné le Code civil dans une voie diamétralement opposée sur les questions de responsabilité.

Il est un fait indéniable ; depuis 1804 les rapports forcés entre propriétés voisines se traduisant par des dommages occasionnés ou subis ont augmenté dans une énorme proportion. Ce qui a engendré ces causes nouvelles de préjudices, c'est le grand fait social du XIX^e^ siècle, la transformation radicale de l'industrie, entraînant tout un changement de civilisation.

Le système du Code civil aurait pu convenir à une société primitive, dans laquelle l'uniformité d'exploitation du sol rend les dommages rares, et en tout cas réciproques. Il y aurait été adopté si d'autres causes, notamment la fréquence des rapports sociaux, n'avaient amené en même temps un désir équitable de réparation. Mais le fait dominant de nos jours est au contraire la multiplicité des dommages par la diversité de l'exploitation. Il y a eu

rupture d'équilibre dans l'utilisation des fonds ; des établissements industriels considérables se sont créés un peu partout, dans les campagnes comme dans les villes, causant des dégâts nombreux et inévitables. C'est le droit de chacun de se livrer à une exploitation industrielle ou commerciale ; donc celui qui s'y livre n'est pas en faute, et peut agir en pleine sécurité sans encourir aucune responsabilité. Mais n'y a-t-il pas là une monstrueuse injustice, que notre Code civil n'a pas prévue et n'a pu prévoir, et qui pourtant s'impose en l'état de nos textes législatifs ?

Telles sont les deux causes qui presque dès sa promulgation rendaient l'œuvre législative impropre à tout service pratique :

1° L'adoption d'une formule générale comme principe de la responsabilité, la conception doctrinale d'une responsabilité purement et exclusivement délictuelle rendaient impossible toute action en réparation qui ne pouvait se fonder sur une faute ;

2° Ces actions en réparation devenaient pourtant de plus en plus nécessaires parce que les dommages étaient de plus en plus fréquents.

Aussi le système du Code civil n'a-t-il jamais été appliqué dans sa logique absolue et ses principes simplistes.

On a cherché le remède dans ce qui justement avait fait une partie du mal, la conception de la faute. La jurisprudence n'est jamais embarrassée par les objections purement théoriques ; elle affirme le principe, échappe par cette affirmation au contrôle de la Cour suprême et conserve toute sa liberté pour la solution pratique. Nous aurons simplement en étudiant la jurisprudence à mentionner les arrêts rendus par les tribunaux, et à cons-

tater l'extension immense qu'ils ont apportée à la théorie de la faute.

La doctrine au contraire a prétendu expliquer ces solutions, les rattacher aux principes généraux de nos lois, les faire toutes rentrer dans la conception de la responsabilité délictuelle. Pour cela elle s'est livrée à un examen critique de la notion de faute, elle a prétendu trouver une formule susceptible d'embrasser tous les cas, sans s'écarter de l'idée qui avait inspiré le législateur de 1804. Aucun auteur ne souhaite un retour vers les solutions restreintes que comporterait une pure application des principes, parce que tous s'aperçoivent très bien que ces principes sont absolument inapplicables ; d'où des efforts d'ingéniosité pour justifier la jurisprudence, et des constructions théoriques que l'on présente toujours comme fondées sur les vrais principes du Code civil.

Extension nécessaire de la responsabilité, tel est le cri unanime de la jurisprudence et de la doctrine pendant ce siècle. Entrons dans l'examen détaillé de ce mouvement.

SECTION I

DROIT DE PRÉOCCUPATION

Tous les propriétaires ont un droit égal à la libre exploitation de leurs fonds suivant le mode qui leur convient le mieux, et pourtant cette exploitation diversifiée n'est pas possible sans dommages. Prenons par exemple deux champs contigus : l'un d'eux est un enclos destiné à faire sécher du linge ; on élève sur l'autre une usine, dont les cheminées répandent des torrents de fumée ; désormais il

y a impossibilité absolue d'étendre du linge. Or il est incontestable que l'on a le droit d'étendre du linge sur son fonds ; mais il est non moins certain, qu'en se conformant aux règles du décret de 1810, on peut ouvrir et exploiter un établissement industriel. Les deux propriétaires ont donc des droits égaux.

Ne semble-t-il pas dès lors qu'entre deux individus jouissant d'un droit égal, ce soit celui qui a le premier exercé son droit qui doive l'emporter : *In pari causa, melior est causa possidentis.* Celui qui faisait sécher son linge depuis des années avait consacré son fonds à ce mode d'exploitation ; il pouvait légitimement agir ainsi, et nul ne l'entravait. L'industriel qui s'installe près de lui doit respecter la situation acquise et s'arranger de manière à ne causer à ses voisins aucun préjudice. On dit que ceux-ci ont un *droit de préoccupation.*

Le fondement légal d'un pareil droit est ici très facile à trouver ; il y a un droit uniquement parce que la violation de cette situation acquise constituera en faute l'auteur de cet empiètement et l'obligera à réparation. Il y a faute à établir une usine près d'un enclos servant à sécher le linge, parce que tout homme raisonnable se serait rendu compte qu'il était impossible de ne pas noircir ce linge, et n'aurait jamais donné à sa propriété une telle utilisation, ou tout au moins aurait été disposé à verser à son voisin une indemnité compensatrice. Tout individu qui, de lui-même et volontairement, vient s'exposer à un risque est en faute. Si c'est l'auteur du dommage qui s'y est exposé, il doit réparation ; si c'est au contraire la victime, personne ne lui doit rien. De telle sorte que, pour déterminer la responsabilité délictuelle du propriétaire, nous n'avons qu'une seule question à nous poser : au

moment où le dommage se produit, est-ce l'auteur ou la victime qui détruit l'équilibre des exploitations antérieures dont personne ne souffrait ?

Cette théorie a une apparence assez logique. Il semble au premier abord qu'elle va résoudre la plupart des difficultés. M. Demolombe n'hésite pas à prôner ce moyen [1]. Il invoque la tradition constante et l'équité. Cherchant une base législative à sa théorie, il a cru trouver une analogie frappante entre cette règle générale et le cas particulier prévu par le décret du 15 octobre 1810. Le décret de 1810 soumet les établissements insalubres à une autorisation administrative ; or il peut arriver qu'après l'autorisation donnée à cause de l'isolement de la manufacture, quelqu'un vienne construire sur des terrains limitrophes. Il ne pourra pas protester contre l'autorisation qui a été accordée, en demander le retrait et la fermeture de l'établissement ; car en construisant dans le voisinage immédiat de l'usine, il devait naturellement s'attendre à en subir les inconvénients ; la faute de la victime lui enlève tout droit. Il n'y a là, dit M. Demolombe, qu'une application de la théorie plus générale que l'on appelle droit de préoccupation.

En vain objecterait-on que chacun peut toujours exercer son droit au moment où il le juge convenable. Il n'est pas nécessaire, répond M. Demolombe [2], de voir dans le droit de préoccupation une exception à la règle d'après laquelle les actes de pure faculté ne sauraient se perdre ou s'altérer par le non-usage. Nous ne nions pas que chacun puisse continuer à user de son fonds comme il l'entend ; mais il s'agit de savoir si cet usage ne le constituera pas en faute

1. Demolombe, t. XII, n° 659.
2. Demolombe, t. XII, n° 659 *bis*.

et si par suite il ne devra pas supporter sans se plaindre le dommage qu'il subit ou réparer celui qu'il cause.

Nous ne connaissons qu'une seule décision de jurisprudence qui puisse passer pour l'expression exacte de cette doctrine. C'est un jugement du tribunal de Sétif du 23 mars 1897, réformé d'ailleurs par la Cour d'Alger [1]. Un individu avait acheté un immeuble contigu à une maison de tolérance ; le tribunal constate qu'il a très bien su à quoi il s'exposait, et par suite le déboute de sa demande en dommages-intérêts. Dans tous les autres arrêts que l'on invoque souvent, le droit de préoccupation n'est pris en considération que comme élément d'appréciation du préjudice [2]. Lorsque la question a été nettement posée au point de vue des principes, la jurisprudence n'a pas hésité à condamner ce système [3], et la doctrine s'est très généralement prononcée dans ce sens [4].

Il faut donc constater l'échec pratique. La théorie de M. Demolombe est en effet, un examen plus attentif le démontre facilement, une théorie purement imaginative, pratiquement inapplicable, juridiquement inexacte.

Demolombe, avec son esprit pratique, avait vu dans le droit de préoccupation un moyen d'étendre l'application de l'article 1382, sans abandonner le principe de la responsabilité délictuelle, auquel son esprit classique restait attaché. Mais, en pratique, la question se posa tout diffé-

1. Alger, 22 février 1898. D. 99.2.6. S. 99.2.107.

2. Aix, 19 novembre 1878. S. 79.2.139, pour une maison de tolérance. — Dijon, 10 mars 1865. D. 65.2.144. S. 65.2.343, bruit causé par une usine. — Seine, 22 août 1840. S. 44.1.811.

3. Alger, 22 février 1898 précité. — Aix, 19 novembre 1878 précité, pour une maison de tolérance. — Colmar, 16 mai 1827. S. 28.2.23. Voisinage d'une usine répandant de la fumée, et d'un enclos destiné à étendre des toiles.

4. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 221. — Aubry et Rau, t. II, § 191, p. 196.

remment. La jurisprudence a admis, nous allons le voir, une application aussi large que possible de l'article 1382, embrassant presque tous les cas qui peuvent se rencontrer, et ordonnant toujours réparation du préjudice causé. Elle n'avait donc que faire de la théorie de la préoccupation. Bien mieux : ce droit fut présenté devant les tribunaux non comme un moyen d'étendre la responsabilité du propriétaire, mais comme une excuse invoquée pour la restreindre. Ainsi le propriétaire d'une maison de tolérance est toujours condamné à réparer le préjudice causé par l'existence de sa maison; ce sera lui qui invoquera le droit de préoccupation pour essayer de s'exonérer. L'usinier serait condamné à réparer les dommages causés par la fumée de son établissement; ce sera lui qui invoquera son droit de préoccupation pour refuser cette réparation. Voilà comment en fait la question s'est toujours posée devant les tribunaux, et voilà pourquoi le droit de préoccupation n'avait aucune chance d'être reconnu.

Ajoutons d'ailleurs qu'en elle-même cette théorie manque de base. En admettant qu'il y ait faute à s'établir près de quelqu'un qui peut vous causer un dommage, cette faute est-elle suffisante pour vous enlever tout droit à une réparation? C'est très douteux : il peut y avoir diminution de la responsabilité de l'auteur de l'acte, mais il n'y a pas exonération. La faute de la victime consiste ici à faire partie du même milieu social que l'auteur, et à essayer de tirer de sa chose des avantages semblables à ceux que l'auteur en tire lui-même. Y a-t-il faute à utiliser sa propriété le mieux possible, et faut-il donc condamner toute une catégorie de propriétaires à ne retirer de leurs fonds aucune utilité, parce que l'un d'entre eux exerce son droit au mieux de ses intérêts ?

Sans doute celui-là a une antériorité d'exploitation ; en pratique cette antériorité n'est pas toujours facile à déterminer ; mais théoriquement tout au moins on peut la supposer prouvée d'une manière certaine. Ce droit de préoccupation est-il reconnu quelque part par la loi ? Non évidemment, puisqu'on essaie de le rattacher à la théorie de la faute ; et nous ne voyons dès lors aucune raison pour l'admettre. On dit bien, antérieurement il n'y avait aucun dommage pour personne. C'est inexact ; le dommage était éventuel, mais il existait ; en définitive c'est à cela que se ramène toute la question. Or le dommage éventuel quand il est réalisé devient purement et simplement un dommage réel. Du jour où l'usine, où la maison de tolérance existent, les fonds voisins subissent une dépréciation certaine, en ce qu'ils ne sont plus susceptibles d'une utilisation quelconque ; peut-être ne pourra-t-on pas agir à ce moment-là, parce qu'il manquera un élément d'appréciation du préjudice ; mais lorsqu'on aura par exemple bâti sur le fonds voisin, lorsqu'il y aura un dommage réel, sérieux et appréciable, on ne voit pas quelle est la raison qui pourrait s'opposer à l'application des principes de la responsabilité. Il n'y a pas de droit de préoccupation.

SECTION II

EXTENSION DE LA RESPONSABILITÉ PAR LA JURISPRUDENCE

La jurisprudence n'a jamais admis qu'un propriétaire puisse exercer son droit à sa guise sans encourir aucune responsabilité. Nous avons vu que pour certains cas qui causent un préjudice sérieux au voisin, vue masquée,

source coupée, elle se refuse à en ordonner réparation. Nous devons maintenant étudier les cas très nombreux dans lesquels elle décide au contraire que le propriétaire ne peut agir que sous sa responsabilité. Un examen assez détaillé est nécessaire, quoiqu'il n'y ait là que des solutions d'espèces, parce qu'il nous permettra de comprendre les tentatives faites par la doctrine pour arriver à un exposé systématique, et à une classification régulière de cette jurisprudence.

Dommages résultant du voisinage d'un établissement industriel. Fumées, odeurs, bruits. — C'est l'hypothèse vraiment nouvelle, celle qui a motivé à elle seule tout un mouvement de jurisprudence. Nous laissons de côté le cas où l'établissement industriel est classé comme manufacture dangereuse, incommode ou insalubre, pour ne pas compliquer la question en y introduisant de nouveaux éléments de discussion. Nous retrouverons plus tard cette question spéciale.

Quand il y a émanation d'*odeurs malsaines* ou de *fumées*, nous sommes, si on veut, en présence d'une véritable *immissio* corporelle ; on trouble la portion d'atmosphère, propriété privative d'un autre. Mais on ne peut empêcher cette *immissio* ; il y a donc véritable cas fortuit. Le propriétaire de l'usine use de son droit très sagement ; il fait acte d'excellent propriétaire puisqu'il s'efforce d'augmenter le rendement de son fonds, en substituant une exploitation industrielle à l'exploitation agricole, acte louable tant au point de vue industriel qu'au point de vue social, puisqu'il augmente la richesse nationale. Supposons de plus qu'il prenne toutes les précautions nécessaires pour éviter à ses voisins tout inconvénient ; il élève ses cheminées, leur donne une direction

particulière, s'efforce de désinfecter ses locaux. Malgré tout, les inconvénients subsistent. Que peut-on lui reprocher ? les conséquences inévitables de son industrie ? mais il a le droit d'exercer cette industrie, il n'a donc commis aucune faute, il ne devrait pas être responsable.

On n'en déclare pas moins qu'il le sera [1]. La jurisprudence proclame le principe de l'article 1382, constate le préjudice, déclare que nul ne peut nuire à autrui, et condamne. Elle oublie volontairement de caractériser la faute, ou si l'on veut, la faute consiste pour elle dans le fait de nuire à autrui. C'est une formule invariablement adoptée [2].

La question a été posée nettement pour la première fois dans un jugement du tribunal de la Seine, le 22 août 1840 [3]. Il s'agissait d'une fabrique d'alambics répandant de la fumée et exhalant des odeurs malsaines. Les propriétaires voisins se plaignirent, et le jugement constate que « lorsque les inconvénients attaquent le droit de propriété, ils deviennent des quasi-délits, qui donnent ouverture à une action en dommages-intérêts ». Sans doute on est libre d'exercer l'industrie que l'on veut, mais « la liberté... devient même le principe de la responsabilité ». La Cour de Paris confirme le jugement [4]. Un pourvoi en cassation fut formé sur la violation de l'article 544, et la Cour de Cassation par arrêt du 27 novembre 1844 décide que le tribunal de la Seine « a exagéré l'application de l'article 1382, et par suite violé cet article et l'article 544

1. Aubry et Rau, t. II, § 194, p. 195. — *Pandectes françaises, Rép.*, V° *Propriété*, n° 140.

2. Nîmes, 30 avril 1895. D. 95.2.335. — Cassation, 26 novembre 1873. S. 73.1.256. — Cassation, 17 février 1873. S. 73.1.221. — Cassation, 8 juin 1857. S. 58.1.305. — Douai, 30 mai 1854. D. 55.2.26. — Bordeaux, 15 juillet 1845. S. 47.2.538. — Colmar, 16 mai 1827. S. 28.2.23.

3. Seine, 22 août 1840. S. 44.1.811.

4. Paris, 16 mai 1841. D. 43.2.137.

de notre Code [1] ». La Cour suprême résiste encore à cette époque aux tendances libérales des juridictions inférieures, qui, plus près de la pratique, n'hésitent pas à admettre la responsabilité de l'industrie. Saisie de l'affaire par l'arrêt de renvoi, la Cour d'Amiens condamne de nouveau l'usinier, déclarant que le droit de propriété est « limité par le respect dû à la propriété d'autrui », et « que l'atteinte portée à cette propriété, lorsqu'elle est le résultat de l'usage exagéré du droit de disposer de sa chose, constitue un quasi-délit, qui oblige son auteur à réparer le dommage qu'il cause [2] ». Cette fois, la Cour de Cassation reconnaît à la décision une base légale et rejette le nouveau pourvoi qui avait été formé [3]. Sans se l'avouer elle avait complètement modifié sa jurisprudence, et fait céder les textes et l'esprit de la loi dont elle est constituée le défenseur devant les nécessités pratiques que les jugements des tribunaux lui signalaient.

La même difficulté se présente pour le *bruit* gênant que font les rouages d'une usine. Ici, plus encore que dans les cas précédents, le propriétaire nous apparaît comme rigoureusement cantonné dans les limites de son droit. Il n'y a même plus ce semblant d'*immissio* corporelle que nous constations tout à l'heure, mais simplement une conséquence forcée, quelles que soient les précautions prises, de la marche de l'établissement industriel. Une condamnation ne s'impose pas moins [4], et la jurisprudence n'a jamais hésité à la prononcer [5]. Les tribunaux ne font

1. Cassation, 27 novembre 1844. S. 44.1.811.
2. Amiens, 18 juillet 1845. S. 45.2.475.
3. Cassation, 20 février 1849. S. 49.1.346.
4. Blondel, *Note au Sirey*, 1897.1.274. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 219. — Demolombe, t. XI, n° 58. — Laurent, t. VI, n° 147, p. 201.
5. Lyon, 12 juin 1900. *Monileur judiciaire de Lyon*, 22 juin 1900. — Lyon,

d'ailleurs aucune distinction tenant à la personne de l'auteur, et condamnent tout aussi bien le grand industriel que le boulanger gênant tous ses voisins par son industrie nocturne [1], ou le tenancier d'un casino qui organise des bals quotidiens, ne permettant aux habitants des immeubles contigus aucun repos [2].

Voisinage d'un théâtre, d'une maison de tolérance, d'un hôpital. — Si l'on part de cette idée, celle de la jurisprudence en définitive, que le seul exercice d'une profession, même avec toutes les précautions possibles, peut obliger à réparer les dommages causés, il ne faut pas hésiter à admettre la responsabilité du propriétaire d'un *théâtre*. Le bruit nocturne, les allées et venues des piétons et des voitures, l'audition forcée de la musique, les dégradations matérielles que cette foule peut faire subir aux maisons voisines, les dangers plus considérables d'incendie constituent un préjudice sérieux que l'exploitant doit réparer [3]. Il y a sur ce point une jurisprudence à peu près constante [4].

Mais ces inconvénients ne sont rien à côté de ceux qu'entraîne le voisinage d'une *maison de tolérance*, et *à*

9 avril 1900. *La Loi* du 25 septembre 1900. — Cassation, 23 octobre 1894. S. 95.1.222. — Cass. Req., 20 janvier 1891. D. 91.1.154. — Dijon, 10 mars 1865. D. 65.2.144. — Paris, 18 mai 1860. D. 60.2.116. — Montpellier, 20 février 1850. D. 50.2 56. — Cassation, 28 février 1848. S. 48.1.311. — Douai, 10 janvier 1843. D. 43.2 139. — Rouen, 6 décembre 1842. D. 43.2.141. — Rouen, 18 novembre 1842. D. 43.2.140.

1. Orléans, 22 novembre 1889. D. 91.2.120.

2. Bordeaux, 21 mars 1867. D. 69.2.159. — Laurent, t. VI, n° 147, p. 201.

3. Blondel, *Note au Sirey*, 1897. 1.274. — Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 219. — Laurent, t. VI, n° 155, p. 20. — Demolombe, t. XI, n° 58.

4. Cassation, 24 avril 1865. S. 66.1.169. — Seine, 1er juillet 1863. S. 66.1.169. — *Contrà* : Cassation, 6 février 1865. S. 66.1.402 déclarant au contraire « qu'il est impossible de considérer comme étant en faute ceux qui... se seront conformés à toutes les mesures de précautions prises par l'autorité administrative eu égard à la situation où ils se trouvaient ».

fortiori les auteurs déclarent dans ce cas l'action en indemnité pleinement fondée[1]. La jurisprudence est ici unanime. Les tribunaux avaient pensé un instant à appuyer leurs décisions sur le caractère immoral de l'établissement. En 1861 la Cour de Cassation déclarait « que le fait de tenir un établissement de ce genre étant contraire aux bonnes mœurs, constitue en lui-même une faute qui aux termes de l'article 1500 du Code civil sarde (Code Nap., art 1382) rend son auteur responsable du dommage qui peut en résulter pour les propriétés voisines[2] ». Mais la Cour s'aperçut bien vite de son erreur ; si une pareille exploitation est immorale, ce ne peut être qu'au point de vue de la conscience. Elle est en effet au point de vue légal, tolérée, autorisée par l'administration ; l'immoralité de l'acte ne peut donc infirmer en rien sa licéité. Cette exploitation immorale est l'exercice d'un droit reconnu.

Deux ans auparavant la Cour de Besançon[3], se fondant sur ce que « l'article 1383 n'a pas défini et ne pouvait pas définir les quasi-délits », déclarait « que les défendeurs ne pouvaient invoquer un droit..., que l'existence de l'établissement n'est qu'un fait..., toléré seulement à leurs risques », et elle condamnait les tenanciers, en visant il est vrai également le défaut de précautions et les négligences. Un pourvoi en Cassation fut formé contre cet arrêt, et la Cour suprême en profita pour formuler son principe. Ce principe, c'est que « l'exercice du droit de propriété cesse

1. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 219. — Blondel, *Note au Sirey*, 1897.1.274. — Capitant, *Revue critique*, 1900, p. 179. — Aubry et Rau, t. II, § 194, p. 196. — Laurent, t. VI, n° 154, p. 209. — *Pand. franç. Rép.*, V° *Propriété*, n° 141. — Pour l'ancien droit, voy. Fournel, *Traité du Voisinage*. V° *Mauvais lieux*, t. II, p. 260.

2. Cassation, 27 août 1861. D. 61.1.844.

3. Besançon, 3 août 1859. S. 60.2.255.

d'être légitime, et prend le caractère d'une faute, dès l'instant où il porte une atteinte grave et sérieuse au droit du voisin..., qu'en cas de conflit de ces divers droits c'est aux tribunaux qu'il appartient de régler ou de déterminer la mesure dans laquelle les inconvénients du voisinage doivent être respectivement supportés [1] ». Or il est évident qu'à sacrifier un des droits, c'est celui du propriétaire de la maison de tolérance qui doit l'être, et c'est en effet la décision constante de la jurisprudence [2].

La même solution a été donnée par un arrêt tout récent de la Cour de Limoges, en date du 5 février 1902, arrêt qui a condamné le propriétaire d'un *hôpital* privé. Cet individu recueillait chez lui un grand nombre de tuberculeux, la plupart incurables, et les voisins, non seulement avaient le triste spectacle des convois funèbres qui se succédaient, mais encore étaient exposés eux-mêmes à la contagion. Evidemment le propriétaire d'un immeuble peut recevoir chez lui qui il veut, mais il ne peut pourtant pas faire naître un tel danger dans un quartier. Il est tout à la fois juste et nécessaire de prononcer contre lui une condamnation [3].

Dommages causés par les animaux sauvages [4]. — Nous avons sur cette question une jurisprudence énorme ; les

1. Cassation, 3 décembre 1860. S. 61.1.839.

2. Alger, 22 février 1898. D. 99.2.6. S. 99.2.107. — Montpellier, 18 février 1898. S. 98.2.160. — Cassation, 8 juillet 1884. D. 85.1.231, mais dans ses motifs seulement ; car l'arrêt attaqué avait constaté souverainement en fait qu'il n'y avait pas de préjudice. — Cassation, 5 juin 1882. D. 83.1.291. — Aix, 19 novembre 1878. S. 79.2.139. — Aix, 20 mars 1867. S. 68.2.181.

3. Limoges, 5 février 1902 confirmant Limoges, 6 juin 1901. *La Loi* du 29 avril 1902.

4. Gérard, *L'exercice du droit de chasse au point de vue civil.* Thèse, Paris, 1900. — Anty, *Les dommages causés par le gibier et la responsabilité civile.* Thèse, Paris, 1900. — Sorel, *Dommages aux champs causés par le gibier*, 2e éd. — Baudrain, *Des dégâts causés aux champs par les lapins.* —

répertoires fourmillent d'arrêts ; il y a des luttes épiques entre les paysans et les sociétés de chasse : les dégâts sont nombreux, et les spéculations intéressées aggravent encore souvent les difficultés. Cette question rentre dans le cadre de notre étude ; il y a bien là un dommage résultant du voisinage ; c'est la diversité d'exploitation des fonds qui en est la cause, les uns étant défrichés et cultivés, les autres au contraire restant à l'état de forêts où le gibier se multiplie.

On avait pensé un moment à chercher la solution dans l'article 1385. Certains jugements avaient fait peser sur le propriétaire des animaux une présomption de faute, et Merlin lui-même avait comme procureur général à la Cour de cassation conclu au rejet d'un pourvoi fondé sur la fausse application à cette hypothèse de l'article 1385. Par arrêt du 11 mai 1807, la Cour déclara au contraire que l'article 1385 était inapplicable, et Merlin dans son Répertoire fait amende honorable. « Je dois reconnaître, dit-il, que je m'étais trompé dans mes conclusions du 11 mai 1807, en regardant comme appartenant au propriétaire d'un bois les lapins qui n'existent dans ce bois que par l'effet de l'instinct qui les y a rassemblés. » Il faudrait en effet, pour que les animaux puissent être considérés comme appartenant au propriétaire, qu'ils soient renfermés dans un enclos, par exemple des lapins dans une garenne fermée [1]. En dehors de ce cas, l'article 1385 est inapplicable, parce qu'il est universellement admis aujourd'hui que le gibier est *res nullius* et n'appartient nullement au propriétaire du fonds sur lequel il se trouve.

Frémy, *Code de la responsabilité des propriétaires de bois.* — Leblond, *Code de la chasse et de la louveterie.*

1. Cassation, 20 octobre 1889. D. 90.1.342. — Gérard, *Thèse citée*, p. 111. — Sorel, *op. cit.*, p. 13.

Il n'y a donc aucune disposition spéciale, et M. Laurent constatait sur ce point une véritable lacune de la loi [1]. La jurisprudence n'a pas été embarrassée par cette lacune ; elle a affirmé qu'il n'y a pas de responsabilité de plein droit et qu'il faut toujours appliquer l'article 1382 [2] ; mais elle a su donner à l'article 1382 une souplesse suffisante pour solutionner tous les conflits.

Si un propriétaire, dans le but de se procurer une chasse plus abondante, introduit du gibier sur son fonds, le peuple d'espèces rares, en favorise la multiplication, il est évident qu'il sera responsable de tous les dommages qui peuvent être causés par ce gibier. Ce n'est pas qu'il en soit devenu propriétaire ; mais il a modifié la situation naturelle des lieux, introduit une cause nouvelle de préjudice. Cette transformation de l'utilisation de son fonds ne peut être opérée qu'en prenant toutes les précautions nécessaires pour éviter tout dommage aux voisins: on doit par exemple entourer son bois de grillages. L'absence de précautions constitue une imprudence grave, qui aux termes de l'article 1382 suffit pour fonder une action en responsabilité [3].

1. Laurent, t. XX, n° 636.

2. Cassation, 11 août 1874. D. 76.1.30. « Attendu que le propriétaire d'un bois autre qu'une garenne n'ayant ni la possession, ni la garde du gibier qui s'y rassemble n'est pas de plein droit responsable des dégâts causés par les lapins sortis de ce bois, que sa responsabilité ne peut dériver que d'une faute, d'une négligence ou d'une imprudence par lui commise, et que celui qui les lui impute est tenu d'en rapporter la preuve. »

3. Huc, t. VIII, n° 453. — Jurisprudence constante en ce sens. Parmi les arrêts les plus récents : Cassation, 15 janvier 1900. D. 1900.1.96. — Cassation, 27 décembre 1898. D. 99.1.383. — Cassation, 28 novembre 1891. D. 92.1.188. — Pour la jurisprudence antérieure, Voy. les ouvrages spéciaux, et surtout celui de Sorel, qui contient les textes de tous les arrêts, notamment pour les lapins lâchés dans un bois. Cassation, 24 juillet 1860. D. 60.1.426. — Cassation, 7 novembre 1849. — Établissement de terriers artificiels. Cassation, 10 juin 1863 ; 7 mars 1849. — Fourrés aménagés pour attirer le gibier. Cassation, 29 août 1870. D. 71.1.409. — Cassation, 10 juin 1863. D. 63.1.371.

Supposons au contraire qu'il n'y ait aucune intervention du propriétaire. Il laisse faire la nature ; les lapins se multiplient très vite, leur fécondité est prodigieuse ; ils envahissent les champs voisins et viennent détruire les récoltes. Les voisins ont-ils un recours? Il semble au premier abord qu'ils doivent pratiquer sur leurs propres fonds la chasse au gibier qui y pénètre, ou bien élever des obstacles pour empêcher ces incursions. Mais pratiquement c'est là une défense impossible ; la destruction n'est efficace que si elle porte sur les terriers et les gîtes. On avait bien pensé un moment qu'il appartenait aux propriétaires lésés d'aller détruire eux-mêmes le gibier sur le fonds voisin, et que le propriétaire de la chasse ne pourrait pas s'y opposer sans engager sa responsabilité [1]. C'était une mauvaise solution ; car d'un côté, le propriétaire de la chasse peut toujours refuser à qui il veut l'entrée de son fonds [2], et d'un autre côté imposer aux individus lésés la destruction de la cause du préjudice, c'est en définitive leur refuser toute réparation, les obliger à se garantir eux-mêmes [3].

Faut-il donc forcer le propriétaire du fonds à détruire le gibier qui s'y trouve ? Aucune disposition légale ne nous le permet. Le projet de Code rural, déposé au Sénat le 13 juillet 1876, comblait en partie cette lacune en imposant aux propriétaires l'obligation de détruire les lapins [4].

1. En ce sens Anty, *op. cit.*, p. 80. — Frèrejouan du Saint, *Le Chasseur français* du 1er octobre 1858. — Sorel, *op. cit.*, n° 22.

2. Certains arrêts admettent la responsabilité du propriétaire en cas de refus. Cassation, 16 janvier 1889. D. 89.5.405. — Château-Thierry, 22 novembre 1888. Le Droit du 6 décembre 1888. — Cassation, 19 mars 1883. D. 84.1.56. — Cassation, 1er mars 1882. D. 83.1.176.

3. *En ce sens*, Note anonyme sous Cassation, 17 février 1864. S. 64.1.109. — Fremy, *op. cit.*, n° 11.

4. Art. 95 du projet. « Tout propriétaire d'un terrain même clos qui pos-

Mais cette disposition n'a pas encore été votée. Le propriétaire n'est donc pas de plein droit responsable des dégâts causés par les animaux sauvages qui vivent sur son fonds. Il faut pour que sa responsabilité soit engagée qu'il ait commis une faute. C'est le principe sans cesse rappelé par la jurisprudence. L'article 1382 seul fondement de toute action en indemnité, telle est l'affirmation constante de tous les arrêts.

Hâtons-nous d'ajouter que leurs décisions ne correspondent en rien à ce principe. La monstrueuse injustice qu'il entraînerait n'a pas permis à la pratique d'en adopter les conséquences, et elle décide d'une façon constante qu'il y a faute pour le propriétaire à ne pas détruire le gibier ; il est tenu de veiller à ce que ses voisins n'éprouvent aucun dommage, et la sanction de cette obligation, c'est sa responsabilité [1]. Voilà donc les propriétaires non seulement obligés de s'abstenir de tout aménagement de leur chose qui nuirait à leurs voisins, mais encore forcés de modifier

sède une garenne ou un clapier, ou qui a négligé d'y détruire les terriers est responsable du dommage causé par les lapins qui s'y sont établis. Il encourt la même responsabilité si n'ayant aucune garenne ou aucun clapier il néglige de détruire les lapins établis dans sa propriété sans son fait et s'oppose à ce que le propriétaire qui en souffre s'y introduise pour les détruire lui-même. » Comp. les dispositions qui rendent l'échenillage obligatoire.

1. Cass. Req. 26 février 1901. D. 1901.1.165. — Arlon, 11 juillet 1899. D. 1901.1.225. — Cassation, 1er mai 1899. D. 1900.1.549. (Il y avait un grillage entourant le bois, mais on avait constaté des coulées dans le grillage.) — Cassation, 4 janvier 1899. D. 99.1.24. — Cassation, 2 février 1898. D. 98.1.174. — Cassation belge, 11 juillet 1895. S. 96.4.31 (Conclusions conformes de M. le procureur général Merdach de ter Kielen.) — Cassation, 6 mars 1893. S. 93.1.232. — Vitré, 6 février 1891. D. 93.1.416. — Cassation, 7 janvier 1891. D. 91.1.452. — Cassation, 3 décembre 1890. D. 91.1.106. — Cassation, 21 octobre 1889. D. 90.5.429. — Cassation, 20 mai 1888. S. 89.1.56. — Cassation Req., 19 janvier 1886. D. 87.5.384. — Cassation, 22 avril 1873. S. 73.1.321. — Cassation, 31 mai 1869. S. 69.1.463. — Cassation, 2 juillet 1860. S. 60.1.716. — Cassation, 31 décembre 1844. S. 45.1.360. — Pour la jurisprudence antérieure Voy. Sorel, *op. cit.*, p. 155 et suiv., qui donne le texte intégral des arrêts.

l'état naturel des lieux, lorsque cet état se trouve être une cause de conflits. Et ils doivent y veiller avec soin, il faut qu'ils emploient des moyens efficaces et sûrs de destruction [1], qu'ils multiplient les battues [2].

Tout se ramène dès lors à une discussion de fait ; le propriétaire a-t-il pris ou non des mesures suffisantes ? C'est ce qui explique des décisions qui semblent souvent bien contradictoires : par exemple certains arrêts décident que, puisqu'on a le droit de faire garder sa chasse, ce fait seul ne saurait obliger à réparation [3] ; d'autres au contraire y voient une faute susceptible de justifier un recours [4]. C'est que les décisions qui admettent la res-

1. Voy. notamment pour l'obligation de défoncer les terriers. Cassation, 12 mai 1897. D. 97.1.517. — Cass. Req., 11 mars 1896. D. 96.1.464. — Cassation, 21 octobre 1895. D. 95.1.123. — Cassation, 16 février 1891. Pand. franç. période. 91.1.316. — Or justement le défonçage des terriers peut amener la mort des jeunes arbres. Voy. Leblond, n° 401. — Sorel, n° 39. — Il a été jugé également que le non-défoncement des terriers n'est pas suffisant pour faire encourir une responsabilité. Cassation, 15 janvier 1900. D. 1900.1.6. « Attendu que l'existence des terriers ne saurait à elle seule constituer une faute ; Attendu que le tribunal se fonde uniquement pour condamner la demanderesse sur la grande quantité de terriers existant dans son bois, que dans ces conditions l'arrêt attaqué manque de base légale... » — Cassation, 27 décembre 1898. D. 99.1.383. — Cassation, 6 avril 1898. *Gaz. Trib.*, 7 avril 1898. — Beauvais, 28 mars 1884. *Le Droit* du 24 juillet 1884. — Coulommiers, 1er juin 1883. *Le Droit* du 4 octobre 1883. — Beauvais, 26 décembre 1882. *Le Droit* du 1er mars 1883.

Pour l'obligation d'élaguer les fourrés, Cassation, 22 novembre 1875. S. 76.1.17. — *Contrà*, Anty, p. 73. — Sorel, n° 40. — Leblond, n° 405.

2. Cassation, 22 avril 1873. S. 73.1.321. — Cass. Req., 31 mai 1869. S. 69.1.463. — Cassation, 4 décembre 1867. S. 68 1.16. — Cassation, 17 février 1864. S. 64.1.109.

3. Tarascon, 10 août 1899. D. 99.2.496. — Cassation, 27 décembre 1898. D. 99.1.383. — Narbonne, 14 juin 1898. *Gaz. Trib.* du 13 juillet 1898. — Cassation, 6 avril 1898. *Gaz. Trib.* du 7 avril. — Nogent-le-Rotrou, 1er avril 1898. *Gaz. Trib.*, 13 avril 1898. — Cassation, 15 juin 1895. S. 95.1.352. — Paris, 9 avril 1895. *Gaz. Palais*, 95.1.638. — *En ce sens.* Sorel, n° 16. — Frémy, n° 2. — Anty, *Thèse citée*, p. 69.

4. Cassation, 22 mai 1901. D. 1901.1.356. — Justice de paix d'Arles, 25 avril 1899. D. 99.2.496. — Cass. Req., 4 janvier 1899. D. 99.1.24. — Évreux, 10 mai 1897. D. 99.1.383. — Cass. Req., 4 janvier 1899. D. 99.1.24. — Cassation,

ponsabilité constatent justement l'énorme multiplication du gibier, les inconvénients qu'elle entraîne et l'absence de précautions que l'on aurait dû prendre pour les éviter. Il est dès lors inutile d'essayer de cataloguer ces arrêts, de discerner les prescriptions qu'ordonne la jurisprudence. Tout est une question de circonstances; on ne peut pas donner de solution générale précise.

Ce qu'il faut retenir, c'est le principe de cette jurisprudence, sa dérogation voilée à l'article 1382, ses solutions toutes d'équité, mais cadrant bien mal avec la théorie de la responsabilité délictuelle.

Faut-il dire, généralisant les solutions données dans ces différents cas, qu'un propriétaire est toujours responsable des conséquences de ses actes. Non, car nous nous trouverions en présence du cas où des sources ont été coupées, où la vue a été masquée, et où l'on décide pourtant que l'auteur de cet aménagement nouveau n'est passible d'aucune responsabilité. Il use de son droit, dit-on, donc il n'est pas en faute. Il faut donc trouver une ligne de démarcation entre ces cas et ceux que nous avons cités; il faut trouver un critérium qui permette de distinguer l'exercice légitime du droit des actes illicites entraînant responsabilité. Évidemment la jurisprudence qui statue en fait sur des solutions d'espèces n'avait pas à se poser cette question; mais les auteurs qui approuvent ces solutions se sont aperçus qu'une justification était nécessaire et ils se sont livrés à la recherche d'un critérium certain permettant de distinguer entre les actes d'un propriétaire.

28 octobre 1891. S. 92.1.438. — Cassation, 10 juillet 1889. S. 90.1.52. — Cass. Req., 7 février 1876, S. 76.1,112. — Cassation, 24 juillet 1860. D. 60.1.715.

SECTION III

RECHERCHE D'UNE FORMULE DE LA FAUTE

La doctrine a voulu justifier la jurisprudence. Consciente des nécessités qui poussent les tribunaux vers ces solutions équitables, mais en même temps respectueuse de la pensée législative, elle a cherché une formule de la faute assez large pour embrasser tous les cas dans lesquels on doit accorder une réparation à la victime. Du préjudice injustement souffert on conclut à la faute commise, puisque l'on a posé le principe qu'il ne saurait y avoir de responsabilité sans faute. Il faut donc découvrir à quel moment l'exercice du droit de propriété cesse d'être légitime pour constituer une faute, à quel moment, pour employer une expression qui revient sans cesse chez les auteurs, il y a *abus du droit de propriété*[1].

La question délicate est la détermination du critérium qui permettra de distinguer l'abus du droit de son exercice légitime. Nous allons passer en revue les formules qui ont été proposées, non pas toutes celles que l'on pourrait trouver dans les auteurs, mais celles qui ont été érigées en systèmes et qui se présentent comme des explications générales et de véritables théories, devant au dire de leurs auteurs, donner la solution de toutes les questions.

1. Voy. Bosc, *Thèse citée*, qui étudie « l'abus du droit de propriété », p. 78 et qui présente un « essai d'une théorie générale de l'abus du droit », p. 132. M. Bosc hésite d'ailleurs entre plusieurs idées. Il ne se sépare pas nettement de la théorie de la faute et pourtant il semble fonder la responsabilité sur « le conflit d'intérêts ». Enfin il ne conclut pas, et ne présente pas de formule que nous puissions étudier.

I. *Formule de Proudhon et de Demolombe.* — Portalis avait déclaré dans la discussion du Code civil : « Le droit de propriété, quelque étendu qu'il soit, comporte quelques limites que l'état de société rend indispensables. Vivant avec nos semblables, nous devons respecter leurs droits, comme ils doivent respecter les nôtres. Nous ne devons pas nous permettre même sur notre fonds des procédés qui pourraient *blesser le droit acquis du voisin* ou de tout autre[1]. » Ce mot de *droit acquis* frappa Proudhon. Déformant et exagérant la pensée de Portalis, c'est sur ce mot qu'il va faire reposer sa théorie. A droit acquis on oppose toujours gain, avantage, intérêt. Proudhon construit ainsi sa formule : « Le dommage qui n'est pas injustement causé n'entraîne aucune obligation à sa suite, et cela a lieu chaque fois que celui qui le souffre n'éprouve que la *privation d'un gain* auquel il n'avait pas encore un *droit acquis*[2]. »

Demolombe emploie la même formule. « A bien préciser, dit-il, pour que l'auteur d'un dommage causé par l'exercice d'un droit qui lui appartient, puisse se voir actionner par le tiers lésé, il ne suffit pas que ce préjudice se réduise à la simple *privation d'un avantage,* dont ce tiers jouissait jusque-là ; il doit consister dans la *lésion d'un droit*[3]. »

On a souvent usé de ces mots, droit acquis, privation d'un avantage. Ça n'a jamais été avec bonheur. Ici nous ne craignons pas d'affirmer que la formule de Proudhon et de Demolombe est absolument vide de sens. C'est une

1. Portalis, *Exposé des motifs,* n° 18. — Locré, t. IV, p. 80.
2. Proudhon, *Traité du domaine de la propriété ou de la distinction des biens.* Dijon, 1839, t. II, p. 215.
3. Demolombe, t. XII, p. 138, 139.

distinction de mots, et voilà tout. Qu'est-ce qu'un droit qui n'est pas acquis? Ces auteurs répondent: c'est un simple avantage qu'on peut toujours nous enlever, sans que nous ayons aucun recours. Nous tombons ainsi dans un cercle vicieux, dont il est impossible de sortir; car c'est justement par leurs conséquences au point de vue de la responsabilité que l'on distingue le droit acquis du simple avantage.

Essayons d'ailleurs la formule. Un propriétaire en élevant un maison enlève la vue à son voisin ; il n'est pas responsable, parce que ce voisin n'avait pas un droit acquis à une belle perspective. Soit. Mais celui qui coupe les veines d'eau alimentant la source voisine n'est pas non plus responsable, et pourtant ce voisin a bien un droit sur cette source, droit reconnu par la loi qui lui permet d'interdire tout empiètement direct, toute captation de l'eau jaillie ; il est propriétaire de l'eau, il a donc bien un droit acquis. Ce droit, le premier venu en faisant des fouilles peut le lui enlever; il faut donc dire contre toutes les apparences qu'il n'y a là qu'un simple avantage. Supposons au contraire que l'on ouvre une usine dont le roulement fait un bruit infernal; l'industriel sera responsable, déclare la jurisprudence; c'est donc que les voisins ont un droit acquis au repos, à la tranquillité. Nous arrivons donc à ces conséquences: un propriétaire n'a pas de droit acquis sur la source qui jaillit sur son fonds et on peut toujours la lui enlever, mais il a un droit acquis à la tranquillité, et on ne peut jamais la troubler.

Quand une formule aussi vague et aussi imprécise par elle-même, arrive, poussée dans ses conséquences logiques et immédiates, à de telles déductions, quelle que soit l'autorité des noms qui la patronnent, on ne peut s'y

arrêter plus longtemps. La formule de Proudhon et de Demolombe est une explication irréfléchie qui ne résiste pas à un examen sérieux.

II. *Formule de MM. Baudry-Lacantinerie et Chauveau.* — « Tout propriétaire est limité dans l'exercice de son droit de propriété par l'obligation de ne porter aucune atteinte au droit égal du propriétaire voisin... Cette formule implique tout d'abord qu'il ne suffit pas d'une *simple privation de jouissance* causée au voisin, d'un préjudice quelconque pour entraver l'exercice du droit de propriété. La question sans doute est délicate de fixer le point où commence et celui où s'arrête la *lésion du droit* ; il faudra de toute nécessité recourir à une analyse minutieuse en ses détails des facultés, des attributs, des avantages, que comporte le droit de propriété, savoir si l'un d'entre eux se trouve atteint et diagnostiquer aussi la lésion du droit [1]. » MM. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, après avoir ainsi donné une idée générale, citent de nombreux exemples empruntés à la jurisprudence et déclarent ensuite qu'ils ont précisé « la différence entre le simple préjudice résultant d'une *privation de jouissance*, et l'*atteinte véritable au droit d'autrui* [2] ».

Il semble bien que les éminents auteurs se soient inspirés de Pothier qui disait déjà : « Les lois du bon voisinage me défendent bien de rien faire passer de mon héritage sur l'héritage voisin *qui puisse lui nuire*, mais elles n'empêchent pas de le *priver d'une commodité* qu'il retirait de mon héritage [3]. » Cette formule est également

1. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *Des Biens*, n° 207.
2. Baudry-Lacantinerie et Chauveau, *ibid.*, n° 220.
3. Pothier, Ed. Bugnet, t. IV, *Traité de la Société*, n° 245.

adoptée avec quelques variantes dans les termes par MM. Laurent et Aubry et Rau[1] ».

L'idée de ces différents auteurs est la suivante : le préjudice causé peut avoir un caractère d'intensité plus ou moins grave; il peut simplement gêner le propriétaire, porter atteinte à sa jouissance, et dans ce cas il n'y a pas lieu à réparation ; car on subit simplement les conséquences fatales du voisinage ; ou bien au contraire le préjudice est sérieux ; il y a inconvénient considérable, donc atteinte au droit, et l'auteur d'une pareille atteinte ne peut pas se retrancher derrière son propre droit pour s'assurer l'impunité ; car en agissant ainsi, il a abusé de son droit, il a commis une faute qui le rend responsable.

Il est facile de plier cette formule aux applications pratiques; elle repose en effet sur une distinction d'après la gravité du préjudice. Or évidemment quand le dommage est considérable, les tribunaux qui jugent en équité ordonnent le plus souvent réparation ; quand, au contraire, il est minime ils passent condamnation. Ainsi on peut toujours priver quelqu'un de la vue dont il jouissait, c'est une simple privation de jouissance ; on ne saurait au contraire troubler continuellement son repos, c'est une atteinte à son droit.

Sauf la suppression de l'expression malheureuse, droit acquis, la théorie de MM. Baudry-Lacantinerie et Chauveau ne diffère pas essentiellement de celle de Proudhon, et elle tombe sous le coup des mêmes reproches. Elle n'explique en réalité absolument rien, et ne fournit aucun critérium pour reconnaître l'abus du droit. Il semble bien

1. Laurent, t. VI, p. 187. — Aubry et Rau, t. II, § 194, p. 198.

que l'on propose l'importance du dommage. Mais tout d'abord rien ne justifie une distinction qui serait fondée sur ce point ; dans toute théorie se réclamant des principes de la responsabilité délictuelle, la gravité du dommage importe peu ; c'est au point de vue de l'auteur de l'acte qu'il faut se placer. En second lieu y aura-t-il donc une mesure pour apprécier le préjudice et évaluer sa gravité ? Enfin, en fait, la distinction proposée, si on veut l'appliquer logiquement, ne correspond pas du tout aux solutions données par la jurisprudence. Par exemple une source tarie constitue un dommage considérable, souvent irréparable, une diminution de valeur énorme pour la propriété, et pourtant on décide que celui qui en a coupé les veines n'a fait qu'exercer légitimement un droit. Au contraire l'incommodité résultant de la fumée ou du bruit peut être en somme assez légère, et pourtant il y a abus du droit, et l'on doit réparation. Sans doute on peut toujours dire : il y a privation de jouissance dans le premier cas, il y a lésion d'un droit dans le second ; ce sont là des expressions vagues qui peuvent convenir à toutes les situations. Mais cette distinction de mots ne saurait constituer une théorie sérieuse qui puisse être discutée dans son principe.

III. *Formule de M. Blondel.* — M. Blondel [1] remarque que le droit de propriété dans son fonctionnement pratique ne peut être absolu, qu'il est limité par le seul fait qu'il existe chez autrui ; il trouve dans sa propre nature son propre contrepoids ; il est tempéré « par l'obligation naturelle et légale de ne causer aucun dommage à la propriété voisine ». Mais il faut trouver une formule. L'article 1382

1. Blondel, *Note au Sirey*, 1897.1.273.

ne définissant pas le quasi-délit, un libre champ est laissé à la sagacité des interprètes. Elle s'y est exercée, rarement avec succès. La formule de MM. Baudry-Lacantinerie et Chauveau paraît à M. Blondel trop flottante, et ne le satisfait point. Il expose ainsi son propre système : « Selon nous, la règle la moins incertaine est celle qui distingue entre la *simple privation d'un avantage* et la *lésion d'un droit*. Dans le premier cas il ne peut être question de dommages-intérêts parce qu'il n'y a pas une véritable atteinte au droit de propriété ; il y a simplement privation d'une sorte de plus-value, plus ou moins occasionnelle, dont le propriétaire jouissait indirectement, et qui ne forme pas l'un des éléments constitutifs du droit de propriété. Dans le second cas, au contraire, le droit de propriété est atteint lui-même dans une de ses conséquences régulières, et pour ainsi dire inséparables de son existence. On comprend alors que le propriétaire ait le droit de se plaindre et de réclamer la réparation du préjudice qui lui a été causé. »

Il faut donc faire une distinction dans les attributs du droit de propriété : les uns font partie intégrante du droit ; le droit ne saurait exister sans eux, et dès que l'un d'eux est atteint le droit est violé ; les autres au contraire ne sont pas attachés forcément à la propriété ; on conçoit un droit existant sans qu'il existent eux-mêmes, et par suite peu importe qu'ils soient atteints ou non par un acte du voisin ; cette atteinte ne constitue pas une violation du droit de propriété.

D'après M. Blondel, c'est bien là la théorie de la jurisprudence. Dans une première catégorie d'espèces, « il est facile de reconnaître que le droit de propriété est plus ou moins atteint, car chacun a droit à l'air pur, au repos, à

la tranquillité, à la santé, et même à la bonne réputation de sa propriété. Au contraire dans la seconde catégorie des arrêts, il ne s'agit que des avantages dont un propriétaire jouissait à l'occasion de sa propriété, sans qu'aucun d'eux fut compris dans la notion, même la plus étendue, de propriété ».

La distinction, quelque peu subtile apparaît ingénieuse. A l'examen, elle ne fournit pas du tout le critérium qu'elle a la prétention d'établir. M. Blondel, en effet, ne nous donne aucun moyen de discerner dans le droit de propriété ce qui est élément essentiel, partie intégrante, de ce qui n'est au contraire qu'élément accidentel, avantage secondaire ; et il ne semble pas se douter qu'une pareille distinction n'ayant jamais été faite, il faudrait indiquer tout au moins un moyen rationnel d'y procéder. Ce silence est peut être volontaire ; car le moyen ne serait pas facile à trouver. Cette décomposition artificielle de la propriété en ses attributs ne serait possible que si le droit emportait des avantages délimités à l'avance. Mais devant un droit que l'on prétend absolu et illimité, l'analyse s'arrête, et elle n'est pas plus possible pour la propriété qu'elle ne le serait, si on voulait déterminer quels sont les attributs essentiels de l'homme libre.

On peut ajouter que la formule ne correspond pas du tout aux décisions de jurisprudence qu'elle prétend expliquer. Prenons par exemple le cas classique des veines de sources coupées. Les tribunaux décident que l'on ne doit pas d'indemnité. M. Blondel approuve cette solution ; c'est donc qu'il y a simplement privation d'un avantage secondaire. Sans doute on conçoit une propriété sans sources ; mais ce n'est pas là la question. Quand l'eau jaillit sur un fonds, la loi prend soin de déclarer expressément que

le propriétaire du fonds est maître de la source (art. 641 civ. et loi du 8 avril 1898), elle fait donc bien partie intégrante de la propriété. De plus quand, au lieu de couper la source, on l'a simplement corrompue, la jurisprudence ordonne réparation du préjudice. M. Blondel l'admettrait-il, et s'il l'admet, comment peut-il le justifier ? Il est en réalité facile d'étendre à l'infini cette vague formule : chacun a droit à la tranquillité, à la santé, à l'air pur, etc. ; pourquoi a-t-on droit à l'air pur, plutôt qu'à une belle vue, et d'ailleurs jusqu'à quel point a-t-on droit à l'air pur ? la jurisprudence reconnaît justement que l'on doit supporter certains inconvénients, lorsqu'ils ne sont pas trop considérables. M. Blondel en arrive à déclarer que chacun a droit à la bonne réputation de sa propriété, et conséquence logique, puisque cette bonne réputation dépend du voisinage, chacun a droit à ce que ses voisins ne vendent pas leur propriété au premier venu, tandis que l'on n'a pas droit à une source qui jaillit sur le fonds !

On le voit, ce système est purement arbitraire. Nous reconnaissons volontiers que la formule de M. Blondel a une apparence plus précise que celles proposées par ses prédécesseurs ; mais au fond c'est toujours une pure distinction de mots, et nous ne pouvons qu'approuver M. Capitant, lorsqu'il écrit : « Les différences qu'il peut y avoir entre ces formules ne viennent que de leur plus ou moins grande précision, il serait plus vrai de dire de leur plus ou moins grande imprécision. Sur les conséquences à en déduire ces auteurs sont d'accord ; car ces formules n'ont pour but que de justifier juridiquement les solutions ordinairement acceptées par la jurisprudence [1]. » C'est un

1. Capitant, *Obligations de voisinage. Revue critique*, 1900, p. 231.

psittacisme juridique, qu'on ne saurait trop sévèrement condamner.

Reprochables dans leurs termes, toutes ces formules le sont au moins autant pour le système qu'elles proposent ; car toutes essaient en vain d'accommoder la règle vieillie de l'article 1382 aux situations nouvelles que l'on n'avait pu prévoir. La règle résiste, et on en arrive à de véritables expédients juridiques, pour cacher sous le vide des mots l'abandon de la règle auquel il faut bien se résoudre. De là viennent les expressions embarrassées, l'ambiguïté des termes, le vague des formules. Quand on déchire ce voile pour apercevoir la règle précise qu'il cache, on découvre une violation flagrante des principes que l'on prétend défendre.

SECTION IV

CRITIQUE DES THÉORIES DE L'ABUS DU DROIT

Tous les auteurs ont voulu fonder leur distinction sur les caractères du dommage éprouvé, suivant l'importance de l'atteinte matérielle ou la gravité de la lésion juridique. Ils devaient forcément échouer dans leur tâche, parce qu'il est impossible de classifier des dommages qui sont infiniment variables. D'ailleurs au point de vue juridique une telle distinction ne se comprend pas. Remarquons-le, pour Proudhon, pour Demolombe, comme pour M. Chauveau et pour M. Blondel, il n'y a pas de responsabilité sans faute. Qu'importe dès lors le caractère, la gravité ou la nature du dommage éprouvé ; l'importance du préjudice fait varier le quantum de l'indemnité, mais

elle ne saurait avoir aucune influence sur le principe de la réparation. Tout dommage doit être réparé si l'auteur du dommage est en faute, telle est la règle traditionnelle. Il faut donc se placer uniquement au point de vue essentiellement subjectif de l'auteur.

Si on ramène ainsi la question à ses véritables éléments, peut-on dire qu'il y a faute du propriétaire? Oui, répondent les auteurs que nous avons cités, il est en faute parce qu'il a abusé de son droit : l'analyse du dommage sert à apprécier la conduite du propriétaire qui le cause. C'est en vain qu'il se retranchera derrière l'exercice de son droit, il n'use pas de son droit, il en abuse.

Admettons pour un instant cette idée de l'abus du droit : il ne suffit pas de dire que l'on abuse de son droit, quand on viole le droit égal du propriétaire voisin. Car ce ne sont pas les conséquences de l'acte qu'il faut envisager, mais les circonstances qui en accompagnent l'exercice. Or cette appréciation de la conduite du propriétaire, rien ne peut nous permettre de la faire. Quand il y a violation de lois ou règlements, intention malfaisante, imprudences ou défaut de précautions, on peut voir une faute dans cette conduite regrettable. Mais, dit M. Capitant, « quand le propriétaire a agi prudemment, sagement, en bon père de famille, c'est-à-dire avec cette diligence moyenne que l'on exige de chacun de nous, peut-on dire qu'il abuse de son droit parce que les fonds voisins souffrent un dommage. Pourquoi serait-il interdit d'avoir une usine, une manufacture, de se livrer à tel commerce que la loi ne prohibe pas? N'est-ce pas l'emploi naturel de l'activité de l'homme? Peut-on soutenir qu'exercer une industrie incommode ou dangereuse constitue une faute ? Mais alors cela revient à dire que l'on est responsable de

toutes les conséquences dommageables de ses actes, même quand elles sont inévitables ; or les dommages inévitables, ceux que l'on ne peut écarter même avec la plus grande prudence, ceux qui sont la suite inéluctable de l'exploitation de certaines industries s'appellent les risques industriels. Et si les risques industriels constituent une faute, il faut dire qu'il y a faute à exercer une industrie dangereuse, faute à installer chez soi une usine qui répande de la fumée ou des poussières insalubres... ; en un mot il y a faute toutes les fois que l'on fait un acte qui cause un dommage à autrui. En interprétant ainsi l'article 1382, on fait en réalité abstraction de l'idée de faute, pour ne retenir que la notion de préjudice, parce qu'on considère tout acte dommageable comme illicite[1] ». On ne cherche plus la faute dans la conduite du propriétaire ; mais bien dans l'acte lui-même, et l'on n'a plus alors qu'une *faute objective;* c'est-à-dire que sans s'en apercevoir, on est sorti du domaine de la responsabilité délictuelle.

On ne pouvait faire autrement, et toute la théorie de l'abus du droit est une maladroite extension des principes de responsabilité édictés par le Code civil. La faute est par définition l'acte contraire au droit, donc pas de faute quand il y a exercice du droit. « On parle volontiers, dit M. Planiol, de l'usage abusif d'un droit, comme si ces deux mots avaient un sens clair et certain ; mais il ne faut pas être dupe ; le droit cesse où l'abus commence, et il ne peut pas y avoir usage abusif d'un droit quelconque parce qu'un même acte ne peut pas être tout à la fois conforme et contraire au droit[2]. » Et si nous nous rappelons

1. Capitant, *op. cit. Revue critique,* 1900, p. 234 et 235.
2. Planiol, *Précis,* t. II, n° 909, p. 269.

la définition du Code civil (la propriété est le droit d'user, de jouir et d'abuser de la chose), comment pouvons-nous comprendre que cet abus puisse être à la fois un élément essentiel du droit et une faute.

Ce qu'il nous faut retenir, c'est cet immense effort tenté pour faire reculer l'intérêt particulier, l'esprit individualiste de la propriété devant l'intérêt social, qui tend toujours à restreindre les droits individuels. C'est la conciliation harmonique cherchée entre le droit de l'individu et les droits de tous. Mais pour pouvoir établir une responsabilité sur l'article 1382, il faudrait découvrir chez le propriétaire un écart de conduite, une faute, qui permit une condamnation.

En vain l'a-t-on tenté ; nous venons de voir crouler toutes les théories échafaudées. S'il ne pèse sur le propriétaire aucune obligation spéciale de respecter le droit du voisin, il est impossible de voir une faute dans l'acte qui lèse ce droit. Aussi va-t-on tenter un dernier effort, essayer de démontrer l'existence d'une pareille obligation. Si cet effort échoue, la théorie de la faute est condamnée ; le droit de propriété absolu et illimité ne pourra se maintenir devant les nécessités sociales actuelles et il devra succomber.

CHAPITRE V

L'OBLIGATION DE VOISINAGE

SECTION I

FORMATION DE LA THÉORIE

Avec l'extension que lui a donnée la jurisprudence, l'article 1382 soulève de très grandes difficultés d'explication. Nous avons vu les recherches infructueuses de la doctrine, qui n'a pu trouver une formule large embrassant tous les cas. La cause semblait définitivement perdue lorsqu'il s'est formulé une théorie nouvelle, qui a la prétention de fournir aux solutions jurisprudentielles une base juridique inattaquable. C'est cette théorie que nous devons examiner. Mais auparavant il faut se rendre nettement compte de la violation des principes à laquelle elle doit remédier.

La responsabilité délictuelle suppose : 1° un acte illicite commis ; 2° une relation de causalité entre ce fait et le dommage éprouvé. Cette seconde condition est bien observée par la jurisprudence ; mais elle apparaît presque toujours seule, elle absorbe la première dont il n'est plus question.

Or tout fait n'est pas illicite par cela seul qu'il cause un dommage à autrui ; car l'acte dommageable peut rentrer dans l'exercice d'un droit. Et par définition le droit de propriété étant un droit absolu, tous les actes faits par un propriétaire rentreront dans l'exercice de son droit. Il y a impossibilité absolue à découvrir l'illicéité d'un fait en présence du pouvoir absolu reconnu légalement au propriétaire.

Il faut donc pour qu'il y ait responsabilité, pour qu'il y ait faute, un acte accompli contre le droit ou en dehors du droit. La faute est l'acte accompli malgré la défense de la loi, défense qui peut être générale ou spéciale à tel individu. L'idée de faute, dit M. Planiol, est « dans une relation nécessaire avec l'idée d'obligation... une personne ne peut pas être en faute, si elle n'était tenue de rien avant l'acte qu'on lui reproche..., la faute est un manquement à une obligation préexistante[1] ».

Reprenons le cas d'un dommage causé par un propriétaire au fonds voisin. Le propriétaire doit dans certains cas être condamné à une réparation ; tout le monde le reconnaît ; c'est absolument équitable, et il y a une nécessité sociale évidente dans la répression de pareilles atteintes. Or s'il doit y avoir réparation, c'est qu'il y a eu une faute commise, et s'il y a faute c'est que l'auteur de l'acte était tenu d'une obligation préexistante qu'il a violée. Cette obligation, c'est l'*obligation de voisinage*.

Voilà par quelle série de déductions on arrive à édifier le système que nous exposons sous ce nom.

Nous pouvons dès maintenant apprécier la portée partique de cette théorie. Elle ne prétend pas critiquer et mo-

1. Planiol, *Précis*, t. II, n° 901.

difier les décisions courantes de la jurisprudence ; elle ne combat aucune solution établie, n'indique aucune réforme désirable. Elle a simplement pour but de donner une base légale à ces arrêts, de les expliquer rationnellement, et de montrer qu'ils sont conformes aux vrais principes de la responsabilité. Puisque c'est là sa prétention, nous aurons à nous demander si elle répond bien au but qu'elle se propose.

La marche de la doctrine est tout aussi intéressante à suivre sur notre question, que les hardiesses de la jurisprudence. Elle s'est tenue un peu en dehors de la pratique, cherchant à l'expliquer plutôt qu'à l'éclairer. Elle est absolument déroutée par l'absence apparente de logique qu'on remarque dans les jugements. Les auteurs s'aperçoivent que l'on tend à sortir des cadres ordinaires de la responsabilité et ils s'en effraient ; ils essaient de ramener ces décisions à une commune mesure, d'en coordonner les résultats pour en faire jaillir les principes. Nous avons vu qu'ils y ont assez mal réussi. La théorie que nous allons étudier est la dernière explication proposée. Elle suppose l'obligation pour pouvoir trouver la faute dans la violation de cette obligation.

Il y a eu en d'autres matières une évolution doctrinale absolument semblable, et toutes les fois que l'on parle de substituer la responsabilité contractuelle à la responsabilité délictuelle, c'est en somme la même idée qui reparaît. Il n'y a en effet qu'une seule responsabilité, parce qu'elle ne peut produire qu'un seul effet, l'obligation de réparer le dommage souffert ; mais cette action en réparation peut avoir des causes différentes, soit la violation d'une obligation contractuelle, soit la violation d'une obligation légale. Il s'agit donc toujours de découvrir l'obligation

préexistante, sur la violation de laquelle on fondera la responsabilité. C'est ce qui est arrivé dans la question des accidents du travail. L'article 1382 semblait insuffisant pour rendre le patron responsable des accidents, solution qui pourtant paraissait s'imposer. Le moyen pour le forcer à réparation fut trouvé très simple ; il y a eu contrat entre le patron et l'ouvrier ; de ce contrat découlent des obligations à la charge des parties, notamment l'obligation pour le patron de protéger ses ouvriers, et de les garantir contre les risques de l'industrie. Quand un accident se produit on dit que le patron a violé l'obligation qui lui incombait de « rendre l'ouvrier valide comme il l'a reçu », et si sa responsabilité ne peut être fondée sur l'article 1382, du moins résulte-t-elle d'une façon certaine des articles 1142 et 1152[1]. Même essai tenté en matière de contrat de transport[2] : il est juste que le transporteur réponde de tous les accidents survenus aux choses qui lui sont confiées ; mais ici encore l'article 1382 est insuffisant ; supposons dans le contrat de transport une clause par laquelle le voiturier s'engagera à préserver de tout accident les objets et les voyageurs ; si un accident se produit, cette obligation est violée ; de cette violation naît la responsabilité.

C'est, on le voit, un procédé classique. Et ne pourrait-on même pas dire que la stipulation prétorienne, *cautio damni infecti* n'était pas autre chose? A l'action bien insuffisante ne portant que sur les débris de la maison écroulée, le préteur substitue une autre action fondée sur

1. Sauzet, *De la responsabilité du patron vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels. Revue critique*, 1883 — Sainctelette, *De la responsabilité et de la garantie*, 1884. — Cf. aussi avec des variantes : Labbé, *Note au Sirey*, 1889,4,2 et 1885,4,25. — Esmein, S. 97.1.17.

2. Chavegrin, *Note au Sirey*, 1896.2.225.

l'obligation qu'il a forcé le voisin à contracter. Chose curieuse qui montre bien l'incessant retour des mêmes procédés juridiques, nous voyons à notre époque le Conseil d'État revenir au moyen employé par le préteur romain. Il impose aux villes, comme condition de l'avis favorable à la déclaration d'utilité publique, l'obligation de réparer les dommages causés par l'exécution des travaux publics[1] ; et il peut ainsi fonder une action en dommages-intérêts sur la violation de cet engagement conventionnel[1].

Cette digression nous montre qu'en définitive le système proposé sur notre question n'est pas nouveau ; il a été souvent employé en d'autres matières, quelquefois avec succès. Hâtons-nous d'ajouter qu'ici les conditions d'application ne sont plus les mêmes. Dans les cas précédents nous avions un contrat, soit formellement stipulé, soit tout au moins implicitement convenu, d'où naissait une action ; la base de la responsabilité était un accord de volontés. Or on peut contester l'utilité de la présupposition d'un contrat, soutenir que cette prétendue convention implicite n'existe pas, et ce sera l'échec de toutes ces théories. Dans notre hypothèse au contraire, il est impossible de faire découler d'une convention l'obligation préexistante à la faute, il faut la chercher ailleurs. Il ne peut pas y avoir contrat ; la contiguïté de deux immeubles est un fait indépendant de toute volonté, et les rapports de voisinage sont des rapports forcés, qui existent en dehors de toute convention.

Le problème se ramène donc à ceci: il y a une faute dans le fait de nuire dans certains cas à ses voisins ; c'est donc que dans ces cas on est tenu envers eux d'une obligation,

1. Hauriou, *Note au Sirey*, 1895.3.1.

et le seul point difficultueux consiste à savoir quelle sera la source de cette obligation. On la présuppose théoriquement ; mais on ne peut faire ainsi une supposition gratuite ; il faut démontrer l'existence de l'obligation de voisinage, lui découvrir une origine et un fondement. Il faut trouver la nature et la formule du rapport qui lie un propriétaire à ses voisins.

SECTION II

FONDEMENT ET NATURE DE L'OBLIGATION DE VOISINAGE

Il n'y a dans nos lois positives aucun texte qui établit ou qui suppose une obligation générale pesant sur la propriété, et défendant de nuire à autrui. Nulle part la loi ne parle d'une *obligation de voisinage*. Mais différents textes (art. 651, 652, 1370) s'occupent *des obligations* du voisinage. Il y a, nous disent ces textes, des obligations entre les propriétaires voisins, naissant de plein droit par suite de la contiguïté des fonds. Ce sont les servitudes légales du Code civil.

Mais, dit-on, à côté de ces obligations spéciales, il en est une dont l'objet est plus étendu. On reconnaît volontiers que le Code civil ne l'a pas indiquée. Elle n'en existe pas moins à côté ou plutôt au-dessus des autres, et toutes les obligations spéciales, expressément énumérées par la loi, ne sont que des applications particulières du principe général qui les explique et qui les justifie. Le principe est caché sous les exemples ; mais il suffit de prendre ces exemples, d'en analyser les caractères communs, d'en rapprocher les traits caractéristiques, pour en

faire jaillir le principe général, que l'on pourra ensuite appliquer à tous les cas non prévus.

Nous reconnaissons bien là le procédé classique d'interprétation doctrinale, s'élevant de la connaissance de cas spéciaux à la formule d'un principe général, et tirant du principe ainsi trouvé des applications infiniment variées.

Or toutes les servitudes ont pour but de prévenir les conflits de voisinage, d'en atténuer les conséquences, de forcer chacun à respecter le droit du voisin ; toutes découlent d'une même idée, respect du droit d'autrui. Il y a donc implicitement contenu dans notre Code civil le principe général du respect dû au droit du voisin, et ce principe justifie toutes les actions en réparation du préjudice causé.

Avant de préciser la formule, il est nécessaire de rechercher le fondement de cette obligation générale du voisinage. Deux théories peuvent être proposées ; on peut la fonder sur un quasi-contrat, ou sur la loi.

1° *Obligation quasi-contractuelle.* — M. Planiol consacre dans son *Précis* de droit civil, une section à ce qu'il appelle le *quasi-contrat de voisinage.* « Le voisinage, dit-il, peut-être rangé parmi les sources d'obligations dans la classe des quasi-contrats (on appelle ainsi les sources d'obligations qui sont à la fois licites et involontaires [1]). » Il cite parmi les obligations qui en découlent celle de procéder au bornage, celle de clore sa propriété, qui pour lui ne peuvent constituer des servitudes. Ce sont là des charges qui pèsent sur la propriété par le seul fait de la contiguïté, et si le voisinage ne peut être considéré comme un contrat, il est tout au moins un quasi-contrat.

1. Planiol, *Précis*, t. I, n°s 1070 et suiv.

L'idée n'est pas nouvelle, M. Planiol nous en indique lui-même la source. Pothier traitait la question en appendice au contrat de société. Le plan est par lui-même caractéristique [1]. La société crée des obligations volontaires entre associés ; mais les voisins ne peuvent pas être considérés comme formant entre eux une société, il n'y a pas d'acquiescement volontaire, de contrat. Mais il y a une sorte de quasi-société, un quasi-contrat. Pothier nous le dit expressément. « Le voisinage est un quasi-contrat qui forme des obligations réciproques entre les voisins, c'est-à-dire entre les propriétaires et les possesseurs d'héritages contigus les uns aux autres [2]. »

Pour qui connaît l'influence des œuvres de Pothier sur la rédaction du Code civil, il n'est pas étonnant de voir le Code reproduire ce système. Pothier en effet traite dans son Appendice : 1° du bornage ; 2° des autres obligations produites par le voisinage, c'est-à-dire la mitoyenneté, l'éloignement de certains ouvrages du mur mitoyen (n° 240), la distance requise pour les plantations (n° 241), et toutes ces obligations sont classées en quelque sorte sous une rubrique générale que Pothier a formulée au n° 235 : « Le voisinage oblige les voisins à user chacun de son héritage de manière à ce qu'il ne nuise pas à son voisin. »

Or nous retrouverons dans le Code civil toutes les dispositions spéciales, tandis qu'il n'y a plus aucune trace de l'obligation principale et génératrice. On y a vu évidemment une simple définition doctrinale, et on a voulu l'écarter du texte législatif. Mais la pensée du législateur n'en reste pas moins très claire, et nous pouvons dire en-

1. Pothier, *Traité du Contrat de Société*, Appendice II, *Du Voisinage*. Ed. Bugnet, t. IV, p. 328.
2. Pothier, *Société*, n° 230.

core aujourd'hui que le quasi-contrat de voisinage crée une obligation générale de ne pas léser son voisin.

A la vérité M. Planiol n'a pas poussé aussi loin son analyse. Il admet bien l'existence d'un quasi-contrat de voisinage, mais il n'en fait pas découler l'obligation générale dont nous parlions, et paraît même dans le tome II de son ouvrage se rallier à une conception différente [1]. En revanche cette opinion semble être adoptée dans la thèse récente de M. Vercesco, visiblement inspirée de M. Capitant, mais qui se sépare de lui pour adopter l'idée de quasi-contrat [2]. Peut-être y a-t-il là simplement des inexactitudes de langage, car on remarque de nombreuses contradictions, et la plus grande partie de l'ouvrage n'est qu'une approximative reproduction des idées du savant professeur [3].

Quels que soient d'ailleurs ses défenseurs, en elle-même la théorie n'est pas difficile à réfuter. Pothier définissait le quasi-contrat « un fait licite d'où résulte quelque obligation d'une personne envers une autre, sans qu'il soit intervenu aucune convention entre elles [4] ». La définition

1. Voy. Planiol, t. II, n° 264 où l'auteur déclare que les obligations de voisinage sont des obligations légales et ne parle plus de quasi-contrat, et n° 910, p. 271 où il se rallie quant à la responsabilité du propriétaire à une théorie que nous retrouverons. Voy. *infrà*, III[e] partie, chap. I, sect. 3.

2. Vercesco, *Étude générale sur les restrictions apportées à la propriété foncière.* Thèse de Paris, 1901, not., p. 48 un paragraphe intitulé du *Quasi contrat de voisinage*, et p. 93. Au contraire à la p. 96, il parle d'une obligation légale.

3. Sur la question particulière de responsabilité de la mine vis-à-vis de la surface, il a été soutenu que la responsabitité du concessionnaire dérivait d'un quasi-contrat. Voy. Guérin, *De l'affranchissement de responsabilité de la mine vis-à-vis de la surface.* Thèse, Lyon, 1899, p. 25 et s. Mais ici on peut soutenir avec plus de fondement qu'il y a quasi-contrat, car l'acte de concession est un fait volontaire.

4. Pothier, *Introd. générale aux coutumes,* n° 115. Ed. Bugnet, t. I, p. 43. — *Traité des Obligations,* n° 113. Ed. Bugnet, t. II, p. 56.

est assez vague, le mot de fait licite peut convenir à des actes bien différents ; mais l'exemple cité, la gestion d'affaires, précise la définition. Il faut un acte volontaire, et par exemple un enfant ou un fou ne sauraient être tenus d'obligations quasi-contractuelles. Pourtant qui oserait soutenir que, si ces personnes sont propriétaires, elles ne seront pas astreintes au bornage. M. Planiol en précisant la définition du quasi-contrat se réfute lui-même. « Le quasi-contrat, dit-il, est un fait volontaire de l'homme, et par là l'obligation quasi-contractuelle diffère de l'obligation purement légale, qui s'impose aux gens indépendamment de leur volonté; d'autre part ce fait diffère du contrat, en ce qu'il exclut par essence l'accord de volontés qui constitue le contrat [1]. » C'est donc bien un fait volontaire unilatéral. Or la loi énumère un certain nombre de quasi-contrats; en dehors de ces cas, il nous faudra « un texte de loi, ou un principe général de droit nous permettant d'induire l'existence d'une obligation qui ait sa cause dans un fait personnel et volontaire de l'homme [2] ». Dans notre hypothèse il n'y a pas fait volontaire ; la situation contiguë des fonds est un fait matériel, absolument indépendant de la personne du propriétaire et de sa capacité.

Nous n'insistons pas davantage sur cette théorie. M. Planiol ne semble pas y tenir beaucoup [3], et il se garde bien de la pousser dans des conséquences qui en démontreraient l'inexactitude. Quant à Pothier, dont il se réclame, il est infiniment douteux qu'il ait attaché un sens rigoureux à sa classification ; l'obligation générale

1. Planiol, t. II, n° 847.
2. Bufnoir, *Propriété et contrat*, p. 783.
3. Planiol, t. II, n° 264.

qu'il indique est une règle d'équité qui doit guider le juge ; le jurisconsulte l'a placée là parce qu'il ne savait trop où la mettre ; mais il faudrait se garder d'exagérer l'importance d'une classification doctrinale. Nous voyons d'ailleurs que, dans son traité des obligations, Pothier ne reproduit pas cette théorie[1]. Enfin l'aurait-il soutenue, il est bien certain que le Code civil ne l'a pas adoptée.

2° *Obligation légale.* — Il faut donc rejeter l'idée de quasi-contrat, et comme nous avons déjà repoussé le quasi-délit, si nous voulons reconnaître l'existence d'une obligation de voisinage pesant sur la propriété, elle ne saurait avoir d'autre fondement que la toute-puissance de la loi ; n'est-ce pas une tradition constante que d'attribuer cette origine à toutes les obligations qu'on ne peut ranger dans aucune autre catégorie [2].

Sans doute il n'y a pas création arbitraire par la loi d'une obligation à la charge de certains individus, et d'un autre côté toute obligation extra-contractuelle est forcément légale, parce que la loi seule peut l'imposer. On peut cependant distinguer une classe spéciale d'obligations légales. En effet toutes les autres obligations, délictuelles, quasi-délictuelles, quasi-contractuelles, naissent bien par la volonté de la loi, mais seulement en tant que la loi reconnaît des conséquences légales à un fait volontaire de l'homme. L'obligation purement légale au contraire « résulte d'un fait naturel [3] ». Domat disait qu' « elles naissent de l'ordre divin [4] ». Nous dirons simplement qu'elles sont attachées par la loi à une certaine situation des person-

1. Pothier, *Des Obligations.* Ed. Bugnet, t. II, n° 123.
2. Pothier, *ibid.*, n° 123.
3. Planiol, t. II, n° 864.
4. Domat, *Lois civiles,* liv. II, préambule. Ed. Remy, t. I, p. 399.

nes ou des biens ; aussi par exemple la situation de l'homme dans une famille l'oblige à fournir des aliments à certains parents ; on dira que la dette alimentaire est une obligation légale, elle pèse sur un individu parce qu'il est membre d'une famille.

Or les propriétaires de fonds contigus sont forcément voisins les uns des autres. Il n'y a aucun fait volontaire de la part d'aucun d'entre eux. Le fait volontaire ne saurait être l'acquisition de la propriété par tel ou tel individu ; car quel que soit le propriétaire, la situation même des fonds fait naître des obligations entre leurs propriétaires. Ces obligations sont des servitudes légales. Et nous avons à nous demander, si on ne peut pas supposer à côté des servitudes, et de même nature qu'elles, une obligation de voisinage.

C'est à la construction de cette théorie que M. Capitant s'est appliqué dans deux articles fort remarquables parus dans la *Revue critique*[1]. Toutes les servitudes, dit-il, sont des obligations *propter rem*, et il s'efforce de le démontrer ; or il y a d'autres obligations *propter rem*. La première partie de la démonstration ne nous paraît pas absolument indispensable à la seconde ; ou plutôt, nous l'avons vu, on n'a absolument rien changé ni aux décisions légales, ni même à la nature du droit, lorsqu'on a substitué le nom d'obligations *propter rem* au nom de servitudes.

La deuxième démonstration était plus difficile. Le Code civil, dit-on, paraît bien supposer cette obligation. L'article 652 qui précède l'énumération des différentes charges

1. Capitant, *Des Obligations de voisinage, et spécialement de l'obligation qui pèse sur le propriétaire de ne causer aucun dommage à son voisin. Étude de jurisprudence. Revue critique,* 1900, p. 156 et s., p. 228 et s.

déclare : « La loi assujettit les propriétaires fonciers à différentes obligations l'un à l'égard de l'autre indépendamment de toute convention, » et l'article 1370 signale parmi les obligations résultant « de l'autorité seule de la loi » les « engagements entre propriétaires voisins ». Mais c'est tout, et l'énumération semble au premier abord limitative. Il faut au contraire, affirme M. Capitant, étendre la règle et poser le principe de l'obligation générale. C'est la tradition. Il invoque Pothier, Domat[1], et il en arrive presque à se réclamer du droit romain !

Il sera toujours facile de trouver dans nos anciens auteurs des formules qui peuvent convenir à tous les systèmes. Toutes les théories modernes sont fondées au fond sur l'équité, et ce n'est pas nous qui leur en ferons un reproche ; or dans notre ancien droit, nous l'avons vu, les jurisconsultes donnent surtout des règles d'équité, confondant presque parfois le devoir moral avec l'obligation juridique, et quelques phrases habilement extraites peuvent fournir à M. Capitant une apparence d'argument pour démontrer l'ancienneté de sa théorie. L'étude que nous avons faite des principes de notre ancien droit, ne nous permet pas de tomber dans cette erreur ; jusqu'à notre Code civil on ne rencontre aucun système clairement énoncé, aucune conception doctrinale logique, et par conséquent il est impossible de tirer argument des textes anciens.

Est-ce donc la jurisprudence moderne qui reconnaît l'existence d'une pareille obligation ? Il n'est pas impossible de trouver des arrêts qui parlent en effet d'une obligation générale défendant de causer aucun dommage à son

1. Pothier, *op. cit.*, *loc. cit.* — Domat, *Lois civiles*, liv. II, tit. XII, sect. 2, nos 8 à 10. Ed. Remy, t. II.

voisin [1], et nous en rencontrons de semblables dans la jurisprudence belge [2]. Mais en admettant même que ces arrêts aient bien le sens qu'on leur donne, on ne peut nier qu'ils soient restés isolés, et M. Capitant en convient lui-même [3].

C'est donc une théorie forgée de toutes pièces. Et cette première remarque doit nous mettre en garde contre elle, non qu'il faille douter du talent de l'ingénieux auteur qui l'a proposée, mais parce qu'il faut toujours éviter d'introduire dans la discussion de questions pratiques des conceptions doctrinales et des théories d'école, qui n'ont aucune utilité réelle. Cette remarque préalable ne peut d'ailleurs suffire à condamner le système proposé. Il nous faut au contraire le préciser, et pour cela voir quel est le contenu de cette fameuse obligation de voisinage.

SECTION III

FORMULE DE L'OBLIGATION. SES APPLICATIONS PRATIQUES

M. Capitant adopte la formule de Pothier : « Le voisinage oblige les voisins à user chacun de son héritage de manière qu'il ne nuise pas à son voisin. Cette règle doit s'entendre en ce sens que, quelque liberté que chacun ait de faire ce que bon lui semble sur son héritage, il n'y peut rien faire d'où il puisse parvenir quelque chose sur l'héritage du voisin qui lui soit nuisi-

1. Caen, 26 juillet 1876. S. 77.2.253. — Cassation, 17 avril 1872. S. 72.1.76. — Dijon, 13 décembre 1867. S. 68.2.219. — Cassation, 20 février 1849. S. 49.1.346.

2. Bruxelles, 29 mai 1889. Pas. belge, 89.2.370.

3. Capitant, *op. cit.*, *Revue critique*, 1900, p. 180 et p. 181, texte et note 1.

ble[1]. » Le droit absolu du propriétaire ne peut pas s'exercer pratiquement sans restrictions. La loi en a énuméré expressément quelques-unes ; elles sont insuffisantes, il faut faire peser sur le propriétaire une obligation plus générale.

Nous aurons alors un fondement sérieux de responsabilité. On ne peut se contenter de l'article 1382 ; au point de vue pratique il est manifestement insuffisant ; toutes les extensions que l'on a tentées sont arbitraires, et c'est pure illusion que de prétendre en conserver le texte si l'on en rejette le sens. Il est inutile de se payer de mots ; les partisans de la théorie traditionnelle ne font pas autre chose[2] ; ils cherchent, sans pouvoir la trouver, une ombre de faute. En réalité si le propriétaire jouit en principe d'un droit absolu, il ne saurait être responsable de ses actes que s'il pèse sur lui une obligation spéciale lui interdisant tel ou tel acte[3].

Dès que l'on admet comme point de départ l'existence d'une obligation de voisinage, toutes les difficultés disparaissent. Le propriétaire est tenu de ne pas nuire à son voisin ; il peut violer cette obligation par le seul exercice de son droit, comme tout débiteur peut violer l'obligation qui lui incombe par le seul exercice d'une activité normale en elle-même. L'obligation restreint le droit, et comme elle est légale et générale, nous pouvons dire que le droit de propriété consiste à pouvoir faire sur son fonds tout ce qui ne nuit pas à autrui, ce qui rappelle une définition célèbre de la liberté.

1. Pothier, Ed. Bugnet, t. IV, *De la Société,* n° 235. — Capitant, *Revue critique,* 1900, p. 163.

2. Nous appelons *théorie traditionnelle* la théorie qui soutient qu'il n'y a pas de responsabilité sans faute, et que cette faute consiste en un délit ou un quasi-délit. Cette tradition ne remonte donc qu'au Code civil.

3. Capitant, *op. cit., Revue critique,* 1900, p. 166.

L'obligation de voisinage est une obligation de ne pas faire [1]. Nous n'avons plus dès lors qu'à appliquer les articles 1145 à 1147 du Code civil. Le créancier n'a qu'à prouver le fait matériel de la contravention, c'est-à-dire le dommage, et le débiteur est responsable de la violation de l'obligation, à moins qu'il ne prouve que cette violation dépend d'un cas fortuit ou de force majeure. On dit souvent qu'il y a un renversement de la preuve. C'est prendre l'effet pour la cause ; il n'y a pas de présomption de faute, mais manquement à une obligation préexistante.

Le propriétaire qui souffre un préjudice devra donc prouver seulement l'existence du dommage, et la relation de causalité entre le dommage et l'acte du voisin. « Grâce à cette obligation, dit M. Capitant, les propriétaires voisins ne sont plus l'un par rapport à l'autre des *tiers*, au sens juridique du mot. Ils sont unis par le lien de droit que la loi a créé entre eux. Ils sont tenus l'un et l'autre d'user de leurs droits de telle sorte qu'ils ne se causent aucun préjudice [2]. » Or c'est là l'idée mère de la théorie, et la conception vraiment originale ; ne plus considérer les voisins comme des tiers, tout comme dans la question des accidents du travail on ne voulait plus considérer le patron et les ouvriers comme des tiers l'un envers les autres.

Cette explication justifie et améliore, dit-on, notre jurisprudence actuelle. Elle dispense le lésé de toute preuve, et par là elle répond à une aspiration générale d'extension de la responsabilité. Ainsi celui, dont les récoltes ont été endommagées par le gibier, obtiendra gain de cause, dès qu'il prouvera le préjudice ; de même celui

1. Capitant, *ibid.*, p. 235.
2. Capitant, *ibid.*, p. 165.

dont l'immeuble a été déprécié par le voisinage d'un théâtre ou d'une maison de tolérance. Et ici aucune exonération n'est possible, car tous ces dommages sont causés par un fait volontaire de l'homme. Au contraire on prouvera facilement la force majeure, si par exemple une maison s'est écroulée par suite d'un tremblement de terre. Toutes les difficultés de preuve disparaissent en un mot. Il n'y a plus qu'un seul élément à démontrer qui apparaît en pleine lumière : c'est le rapport de causalité entre l'acte du propriétaire ou l'aménagement du fonds et le préjudice. Et par là on voit que nous arrivons au même résultat que la jurisprudence.

Sur certains points une application logique de cette théorie améliore encore les solutions données par les tribunaux. C'est ce qui se produit dans le cas d'incendie communiqué aux immeubles voisins. La jurisprudence exige la preuve que le premier incendie est dû à une faute ou à une négligence, preuve presque toujours impossible à fournir. Si l'on adopte la théorie de l'obligation de voisinage, point n'est besoin de faire cette preuve ; le seul fait du dommage causé entraîne obligation de le réparer, puisque l'on ne devait pas causer ce dommage. Le propriétaire attaqué pourra se libérer en prouvant que l'incendie est dû à un cas fortuit. La théorie réalise donc ici un progrès sur la jurisprudence.

L'application du système semble donc facile et presque toujours conforme, quand elle n'est pas meilleure, aux solutions jurisprudentielles actuelles.

La formule demande cependant à être précisée encore davantage. Il faudrait logiquement en conclure que tout dommage doit être réparé par celui qui l'a causé. Cette conclusion est inadmissible. Tout acte du propriétaire a

une répercussion fatale sur les fonds voisins, et il faudrait dire alors que le propriétaire ne pourrait pas user de son droit, s'il devait s'abstenir de tous les actes nuisibles au voisin. On ne peut donc poser une formule aussi générale. Il faut nécessairement y apporter des restrictions ; il faut permettre au propriétaire certains actes, qui n'entraîneront jamais pour lui de responsabilité quelles que soient leurs conséquences. L'obligation de voisinage n'impose pas au propriétaire une abstention absolue, mais elle lui défend seulement certains actes. Il faut fixer une limite minima de la responsabilité « limite minima au-dessous de laquelle l'obligation de ne causer aucun dommage au voisin ne s'applique plus[1] ».

Avec cette restriction nécessaire les difficultés apparaissent. Comment fixer cette limite minima? « La théorie perd ici singulièrement de sa force. Sans doute la même difficulté se présente dans la théorie traditionnelle; mais on peut toujours déclarer qu'il n'y a pas faute à causer un dommage minime. Ici on convient qu'il faut s'en rapporter simplement à la sagesse du juge, c'est une question de tolérance. « Cette tolérance, dit M. Capitant, doit du reste être plus ou moins grande suivant la situation des immeubles. Il y a toute une série de circonstances, de conditions qui peuvent faire varier cette limite minima[2]. » Il en conclut que c'est au juge et non à l'interprète qu'il appartient de fixer pour chaque affaire cette limite de la responsabilité.

On voit combien nous tombons de haut. On nous promettait une règle juridique donnant la clé de toutes les difficultés, et arrivant à l'application, on s'en remet au

1. Capitant, *Obligations de voisinage. Revue critique,* 1900, p. 241.
2. Capitant, *ibid.*, p. 241.

juge du soin d'ordonner, comme il l'entend, la réparation du préjudice. Car il ne faut pas s'y tromper : M. Capitant nous dit qu'il faut fixer une limite au-dessous de laquelle l'obligation de voisinage ne *s'applique plus*. Mais pourquoi ne s'applique-t-elle plus? Le voisin lésé a un intérêt évident à cette application ; or celui qui a un intérêt peut toujours agir. Dire que l'obligation ne s'applique plus, c'est en réalité déclarer qu'elle n'existe plus ; qu'est-ce qu'une obligation qui existerait et ne s'appliquerait pas? La formule de M. Capitant revient dès lors à ceci : c'est au juge qu'il appartient de déterminer dans quels cas existe l'obligation de voisinage. Et voilà une obligation que l'on présentait comme très générale, que l'on affirmait peser sur tout propriétaire, et qui va dépendre de l'arbitraire du juge ! Autant dire que l'obligation n'existe pas, que ce n'est qu'un artifice juridique permettant d'édicter dans certains cas une responsabilité. Pour pouvoir pratiquement s'appliquer, la théorie est obligée d'abandonner tout ce qui faisait sa force, son apparente logique, et ses déductions inflexibles suivant la rigidité des principes.

Faisons encore cette concession. La formule doit être ainsi modifiée : obligation de ne causer aucun dommage *important* au voisin, le juge étant libre de déterminer à son gré cette importance. Sous cette nouvelle forme, elle ne se heurte pas moins à de nouvelles objections. Prenons les hypothèses classiques dans lesquelles la jurisprudence déclare qu'il n'y a pas responsabilité, vue masquée, veines de source coupées. C'est un dommage très important, et en appliquant la théorie de l'obligation du voisinage, nous devrions arriver à en ordonner réparation. Il ne sert à rien de dire qu'il y a dans ce cas

exercice légitime d'un droit ; cette explication bien insuffisante dans la théorie traditionnelle, deviendrait ici absolument inexacte : l'exercice légitime en lui-même n'en entraîne pas moins violation de l'obligation. M. Capitant approuve pourtant la jurisprudence ; la théorie dépasse le but qu'elle s'est proposée. L'auteur sent très bien qu'il ne peut plus faire intervenir ici sa fameuse limite minima, et il prétend expliquer ces hypothèses spéciales sans que son principe soit atteint.

Dans le cas où des constructions nouvelles édifiées ont enlevé toute vue aux maisons voisines, « il n'est pas difficile, dit-il, de trouver la justification de la solution traditionnellement acceptée[1] ». L'obligation de voisinage est reconnue pour permettre l'exercice du droit de propriété ; elle ne doit pas aboutir à le paralyser. « Qui donc s'aviserait vraiment de demander des dommages-intérêts à son voisin parce qu'il élève des constructions sur son fonds... ; personne n'aurait jamais l'idée de donner aux obligations de voisinage une aussi déraisonnable extension[2]. » C'est que justement l'on s'en est avisé. Nous ne raisonnons pas sur des hypothèses théoriques. La question s'est présentée en jurisprudence, et l'on n'a pas admis la responsabilité. Il ne suffit pas de dire : « une telle solution n'a pas besoin d'être justifiée » ; ce n'est pas une explication. Toute solution juridique doit pouvoir être justifiée, et si cette théorie n'y parvient pas c'est qu'elle est insuffisante. Après avoir critiqué les auteurs qui déclarent que dans ce cas il y a exercice légitime du droit, M. Capitant en revient en somme à cette idée. « Ces obligations, dit-il, ne doivent pas être telles qu'elles arri-

1. Capitant, *op. cit.*, *Revue critique*, 1900, p. 240.
2. Capitant, *ibid.*, p. 239.

vent à paralyser le droit de chacun[1].» Donc sur ce point premier échec de la théorie.

M. Capitant convient lui-même « que la seconde solution... semble plus difficile à expliquer ». En présence du préjudice très sérieux causé à un propriétaire dont la source est coupée, il devrait en principe y avoir réparation. Mais nous sommes ici en présence d'une véritable exception consacrée par l'article 552 du Code civil. Cet article donne au propriétaire le droit de faire sur son terrain toutes les fouilles qu'il veut, et, puisque c'est un droit positif expressément reconnu par la loi, l'exercice de ce droit ne saurait faire encourir aucune responsabilité. « Le droit de deux propriétaires se trouve ici en conflit, et force est bien de sacrifier celui du propriétaire inférieur sur le fonds duquel surgissent les eaux. Tel est, dit M. Capitant, la vraie justification de cette exception à la règle de droit commun. » Cette explication nous paraît franchement mauvaise. Elle est double, si l'on veut. On dit d'abord: il y a deux droits en conflit, il faut sacrifier l'un des deux. Sacrifier un droit n'a jamais été un moyen juridique de résoudre un conflit. Mais enfin admettons ce sacrifice nécessaire ; on sacrifie le propriétaire inférieur. Pourquoi donc? A droit égal, *melior est jus possidentis;* c'est le propriétaire inférieur qui jouit de la source ; on la lui enlève ; le fonds supérieur, sur lequel la source jaillira désormais, va acquérir une plus-value certaine ; son propriétaire s'enrichit au détriment d'autrui ; il semblerait donc très juste de le condamner à des dommages-intérêts. Au seul point de vue de l'équité l'explication est donc loin d'être probante. On cherche une base plus

1. Capitant, *op. cit.*, *Revue critique*, 1900, p. 239.

solide sur l'article 552. Mais cet article n'ajoute rien aux pouvoirs généraux reconnus au propriétaire, et ne peut rien ajouter, puisque par définition le droit de propriété est absolu. Si l'article 552 n'existait pas, le propriétaire pourrait tout aussi bien faire des fouilles dans son fonds ; l'article 552 est tout simplement une description d'un aspect particulier de la propriété. Et d'ailleurs, admettons qu'il ait été inséré uniquement pour reconnaître expressément ce pouvoir au propriétaire ; mais celui-ci n'a-t-il pas également le droit d'exploiter une industrie, de disposer son fonds de la manière qu'il lui plaît, et pourtant on déclare que tous ces actes, licites en eux-mêmes, violent l'obligation de voisinage. L'article 552 aurait été écrit tout exprès pour édicter son irresponsabilité ? Pure supposition, inadmissible d'ailleurs, car il faudrait que le législateur ait pu prévoir les solutions d'une jurisprudence postérieure à la rédaction des lois. Et si on donne ce sens à l'article 552, il faut admettre aussi que le propriétaire n'est pas responsable quand ses fouilles ont amené la ruine de la maison voisine, quand elles remuent des terres vaseuses qui asphyxient un quartier. M. Capitant se récrierait contre de telles solutions ; mais alors pourquoi admet-il une exception que rien autre ne peut justifier?

SECTION IV

INEXISTENCE DE L'OBLIGATION DE VOISINAGE

Tout dans cette théorie est pure supposition.

Placée sur le terrain pratique, elle n'aboutit pas en somme à des réformes bien considérables ; un chan-

gement de situation dans le cas d'incendie, c'est en somme le seul progrès qu'elle réalise. Elle échoue en revanche dans l'explication complète de la jurisprudence. Mise en présence de solutions différentes, elle est obligée d'invoquer des exceptions à un principe qu'elle n'a même pas clairement formulé.

En sa faveur que peut-elle invoquer ? Ce n'est pas la tradition ; on n'a jamais connu un pareil système dans notre ancien droit. Le Code civil ne parle nulle part de cette obligation, et ce n'est qu'en s'appuyant sur quelques articles et sur quelques mots dans ces articles qu'on a prétendu construire une théorie générale. Or tous les articles cités contiennent un simple rappel des obligations que la loi énumère ; mais il n'y a pas la moindre allusion à une obligation plus générale qui existerait à côté et au-dessus de toutes les autres; on l'induit de l'existence d'obligations spéciales, on la présuppose. Le vice du procédé est flagrant. Toute obligation étant contraire à la liberté de l'individu, il faut un texte formel pour restreindre cette liberté. Ce texte n'existe pas.

Si la théorie de M. Capitant semble au premier abord assez plausible, c'est que l'obligation qu'elle fait peser sur le propriétaire est purement négative. Étant négative, elle n'apparaît pas dans le cours normal des choses. On ne l'aperçoit que lorsqu'elle est violée ; c'est alors la violation plutôt que l'obligation préexistante qui semble produire ses effets, et l'esprit ne se sent pas choqué. Mais le fond même du système, c'est qu'il y a entre les voisins une obligation préexistante à tout acte dommageable, obligation qui les lie étroitement. Les voisins ne sont pas des tiers, déclare-t-on. Singulier retour de l'histoire sur elle-même ; sous d'autres expressions juridiques, c'est la

vieille idée des peuples primitifs que nous retrouvons ici : toutes les anciennes législations considèrent les voisins comme unis par des rapports d'obligeance et de secours. Mais autrefois il y avait un fondement à cette quasi-association ; c'était la communauté d'origine, de race, la persistance d'étroits rapports personnels. Aujourd'hui l'obligation positive se transforme en une simple défense, à laquelle on ne peut plus trouver aucun fondement, pas même un texte de loi.

Il faut donc le reconnaître, il s'agit de créer en dehors de nos lois une obligation de voisinage, pure construction doctrinale correspondant au but pratique du renversement de la preuve. Une telle hardiesse ne nous déplairait pas, si elle était franchement avouée ; mais pourquoi l'auteur paraît-il se retrancher alors derrière une interprétation stricte et obligatoire de la loi ? Il vaudrait mieux dire, cette obligation doit exister, parce que son existence est indispensable au bon fonctionnement des rapports de voisinage. L'argument revient souvent sous la plume de M. Capitant : il invoque l'équité, les besoins pratiques[1] ; il se flatte d'avoir simplement expliqué la jurisprudence actuelle, et il en conclut « que sa formule n'a pas besoin d'être mise à l'épreuve[2] ». Il a d'ailleurs de bonnes raisons pour ne pas l'y mettre ; nous avons vu qu'elle n'y résiste pas. Posée en effet sur ce dernier terrain, la question ne fait plus de doute. La formule de M. Capitant est insuffisante et inutile.

Son insuffisance apparaît nettement quand il s'agit d'expliquer ce que l'on appelle dans cette théorie des exceptions au principe général de la responsabilité. Nous n'y reviendrons pas.

1. Capitant, *op. cit.*, *Revue critique*, 1900, pp. 166, 238.
2. Capitant, *op. cit.*, *Revue critique*, 1900, p. 238.

Dans tous les autres cas sa théorie est complètement inutile. Elle aboutit en somme à un seul résultat pratique : ne pas obliger le propriétaire à prouver la faute commise par son voisin. Mais ce voisin ainsi actionné a le droit de faire la preuve contraire. Il est certain tout d'abord qu'il pourra s'exonérer en prouvant le cas fortuit et la force majeure. Mais logiquement on devrait également se contenter de la preuve négative qu'il n'a commis aucune faute ; car sans cela on admet une véritable responsabilité sans faute. Or cette preuve est tellement facile pour l'auteur de l'acte que l'exonération s'ensuivra toujours.

M. Capitant s'en est aperçu : aussi déclare-t-il que la preuve de l'absence de faute ne suffira pas ; il faut prouver que le dommage est dû à un cas fortuit. Il s'appuie sur les articles 1145 et 1147. Mais la situation n'est pas tout à fait la même ; car ces articles supposent un engagement personnel pris par le débiteur. Le propriétaire, au contraire, n'a pris aucun engagement ; la loi lui en impose un ; mais elle ne peut évidemment l'obliger qu'à s'abstenir de toute faute.

Admettons même qu'il faille légitimement exiger pour la libération du propriétaire la preuve du cas fortuit. Cette preuve n'est pas bien difficile à faire. Le propriétaire est responsable des dégâts causés aux fonds voisins par le gibier qui séjourne sur son fonds. Or ici il n'a qu'à prouver qu'il est étranger à la multiplication du gibier, pour que le cas fortuit soit démontré. M. Capitant décide également qu'un propriétaire qui laisse ronger son fonds par un cours d'eau est responsable de la chute des bâtiments voisins, conséquence de l'effritement du sol [1] ;

1. Capitant, *op. cit.*, *Revue critique*, 1900, p. 238.

pourtant dans cette hypothèse il y a bien cas fortuit.

On n'applique donc pas les conséquences logiques que comporterait l'existence de l'obligation de voisinage. Ce n'est qu'un voile juridique derrière lequel on abrite des solutions uniquement fondées sur l'équité, et dès lors nous avions raison de dire qu'il est inutile d'introduire cette fiction juridique, puisqu'elle n'entraîne aucune réforme pratique, et n'explique pas la moitié des solutions qu'elle admet.

On s'est laissé un peu duper par les mots. Ce qui le montre bien, c'est que la même expression, obligation de voisinage, se retrouve dans la jurisprudence dans un sens absolument opposé, et justement pour justifier les cas où l'on n'admet pas la responsabilité du propriétaire. Les arrêts indiquent qu'il y a des inconvénients nécessaires, résultant forcément du voisinage, trop minimes et trop fréquents pour nécessiter une réparation, et ils déclarent que l'on est tenu de les supporter en vertu de l'obligation de voisinage. Naturellement M. Capitant s'en étonne et qualifie cette idée de « conception à rebours de l'obligation de voisinage ». Il serait plus juste de dire, conception différente. Mais en réalité la jurisprudence emploie une formule commode pour repousser l'action en indemnité, et elle n'a jamais songé à construire sur ce point une théorie juridique.

L'erreur de M. Capitant a été, croyons-nous, et sauf les réserves qu'il faut toujours faire quand on interprète la pensée d'un maître éminent, de prendre à la lettre les expressions qu'il avait trouvées dans Pothier et d'édifier une formule en système.

L'idée maîtresse de ce système apparaît clairement dans la conclusion de son article Il considère les rapports de voi-

sinage comme une situation à part, ne pouvant rentrer dans l'application de l'article 1382. Dans cet article le Code civil pose un principe très large de réparation, mais il ne fait aucune application particulière du principe ; dans notre ancien droit au contraire, nous avions des applications spéciales et c'était le principe général qui faisait défaut. En matière de propriété, il en est tout autrement : le législateur a expressément indiqué quelles sont les obligations spéciales qui pèsent sur la propriété ; mais il n'a donné aucune formule générale, tandis qu'au contraire cette formule existait dans notre ancien droit. Il faut donc établir en matière de propriété un principe analogue à celui qui existe en matière de responsabilité.

Il ne faudrait pourtant pas croire que M. Capitant abandonne la théorie de la faute. L'idée, ingénieuse assurément, a consisté à inventer l'obligation pour en faire dériver la faute. Mais cette ingéniosité même fait sa faiblesse. La théorie est divinatoire parce qu'elle ne s'appuie sur aucun texte, insuffisante parce qu'elle est impuissante à expliquer la plupart des solutions pratiques, inutile enfin, et cette inutilité est un grave défaut ; car il est toujours dangereux d'introduire dans ces questions une conception juridique abstraite.

Avec la chute de ce système, s'écroule définitivement la conception générale de la responsabilité délictuelle. Ce fut le dernier effort pour essayer d'en maintenir les principes. M. Capitant crut avoir trouvé le moyen de concilier les exigences pratiques et les déductions logiques des principes. Il n'avait été jusqu'à présent ni approuvé ni réfuté. Nous espérons avoir montré que malgré tout son talent il a complètement échoué.

Mais alors nous nous retrouvons en présence de nos

principes inflexibles, de notre définition intransigeante de la propriété, de l'absolutisme inapplicable du droit, se heurtant à une conception étroite de la responsabilité délictuelle. Nous sommes bien forcés de constater que ces conceptions, si elles ont pu répondre autrefois à de légitimes aspirations, ne sont plus aujourd'hui qu'un souvenir gênant. Il faut soumettre ces notions à une nouvelle analyse, nous demander quel en est le contenu exact, où s'arrête le droit, où commence la responsabilité. Nous nous trouvons ici presque absolument sans guide. Ce sera la meilleure excuse de cet essai d'une théorie nouvelle.

TROISIÈME PARTIE

TROISIÈME PARTIE

CHAPITRE PREMIER

DÉTERMINATION RATIONNELLE DE LA NATURE ET DE L'ÉTENDUE DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

Nous sommes arrivés à cette première conclusion, la propriété n'est pas un droit absolu. Nous ne pouvons nous contenter de ce résultat négatif ; il nous faut maintenant reconstruire sur une autre base la théorie du droit, et en rechercher les limites.

On se heurte de suite à une objection. Le droit de propriété est considéré par certains jurisconsultes comme un droit naturel, antérieur à toute loi écrite, que le législateur sanctionne, mais ne crée pas. Né de l'occupation, s'exerçant sur une chose matérielle, il ne peut trouver dans sa nature aucun contrepoids, il est *en lui-même*, par définition, illimité et absolu.

La réponse est simple. Avec Bentham, nous disons : « il n'y a pas de propriété naturelle... La propriété et les lois sont nées ensemble et mourront ensemble. Avant la loi, point de propriété. Otez les lois, toute propriété

cesse [1] ». La courte étude historique que nous avons faite nous dispense au surplus de toute démonstration. La propriété, telle que nous la connaissons aujourd'hui, ressemble sans doute à la propriété quiritaire, mais elle est bien différente de la conception germanique, et même de celle qui régnait dans notre ancien droit. Au point de vue strictement juridique il peut y avoir les formes de propriété les plus diverses.

C'est au surplus un vain bagage scolastique que cette prétendue théorie des droits naturels antérieurs à toute législation, et, comme tout autre droit, la propriété n'existe que du jour où elle est sanctionnée par les lois. L'occupation, suivant l'ingénieuse remarque faite par Summer-Maine [2], n'a été un mode d'acquérir la propriété que lorsque l'on considère qu'il ne peut pas y avoir de fonds sans maître, c'est-à-dire lorsque la propriété existe déjà ; on laisse alors le fonds à l'occupant parce qu'il a relativement plus de droits qu'un autre. L'on voit par là combien est fausse une conception courante qui déclare : le propriétaire idéal est celui dont le droit ne se heurte à aucun autre, celui qui n'a pas de voisins, un Robinson dans son île. C'est une profonde erreur. Robinson ne pouvait pas être propriétaire, il n'était même pas possesseur au sens juridique du mot ; il sanctionnait lui-même son droit ; confondant en lui tous les pouvoirs, il était souverain sans sujets ; il avait tous les droits, ou plutôt il n'en avait aucun.

Cette question est d'ailleurs absolument indépendante

1. Bentham, *Traité de la législation*, t. II, p. 33. — *Comp.* Laboulaye, *Hist. de la propriété foncière*, p. 59.

2. Summer-Maine, *L'ancien droit*, p. 241 et 242. — Cf. Cuq, *Institutions juridiques*, t. I, *L'ancien droit*, p. 79 et s.

de toute conception sur le fondement de la propriété. Nous ne nous demandons pas pourquoi la loi reconnaît le droit de propriété ; nous constatons simplement qu'elle le reconnaît et nous déclarons que le droit ne peut exister avant que la loi l'ait créé. Cette idée n'avait pas été méconnue au XVIII^e^ siècle, et quoique plus d'un jurisconsulte se laisse égarer par cette conception du droit naturel, inspirée surtout par des desiderata politiques et économiques, il en est qui ont eu une conception plus vraie. Montesquieu écrit : « La propriété est le droit qu'a chaque citoyen de jouir de la portion de biens qui lui est reconnue par la loi. » Robespierre reproduira textuellement cette phrase dans son projet d'une déclaration des droits de l'homme[1]. Mirabeau disait en s'adressant à l'Assemblée constituante : « Une propriété particulière est un bien acquis en vertu des lois. La loi seule constitue la propriété, parce qu'il n'y a que la volonté politique qui puisse opérer la renonciation de tous, et donner un titre commun, une garantie de jouissance d'un seul. » Ces idées parurent dangereuses : elles rappelaient trop certaines conceptions chimériques de Rousseau. Il faut reconnaître pourtant qu'elles étaient, à un point de vue rationnel, profondément justes. On crut que le droit en serait plus difficile à justifier ; on voulut l'ériger en dogme intangible, et mettre au-dessus de toute atteinte cette propriété libre, conquête de la Révolution.

Mais aujourd'hui cette conception de droit naturel et de droit absolu apparaît radicalement fausse. Elle l'est historiquement, nous l'avons montré ; elle l'est pratiquement, puisque son application aboutit à de si cruels mécomptes, à de telles insuffisances et de telles con-

1. Thiers, *La Révolution*, t. III, p. 407.

tradictions ; elle l'est enfin logiquement. C'est ce qu'il nous reste à démontrer, et cette démonstration nous permettra de déterminer la vraie nature du droit de propriété.

SECTION I

NATURE DU DROIT RÉEL

On a fait de l'absolutisme du droit de propriété une conséquence logique de son caractère de droit réel. C'est un droit absolu, dit-on, parce que c'est le droit le plus complet qu'on puisse avoir sur une chose. La conséquence n'est peut-être pas aussi fatale qu'il le semble, et on pourrait arriver à la rejeter, s'il n'y avait pas une réfutation plus catégorique et plus simple : *le droit réel n'est pas un droit sur la chose.*

Il y a quelques années une telle opinion aurait passé pour une véritable hérésie juridique ; mais une analyse assez pénétrante a été faite récemment de ces notions pour qu'il nous soit permis de résumer simplement les raisons qui dictent cette solution.

On ne saurait comprendre un droit existant entre une personne et une chose ; un droit ne peut exister qu'entre des personnes, parce qu'à tout droit du côté actif correspond nécessairement une obligation du côté passif ; or la chose ne saurait avoir de devoirs. C'était déjà, sans qu'on l'ait à cette époque assez remarquée, l'idée de Kant. « Il faudrait, disait-il, le devoir correspondant toujours au droit, que celui, qui pense que son droit ne se rapporte pas immédiatement à des personnes mais à des choses, se représentât (bien que d'une manière obscure) la chose extérieure comme

demeurant obligée à l'égard de son premier possesseur, quoiqu'elle fut sortie de ses mains, comme se refusant à tout autre soi-disant possesseur, parce qu'elle est déjà obligée vis-à-vis du premier... Il est donc absurde de concevoir l'obligation d'une personne envers des choses et réciproquement, quoiqu'il soit très permis, pour rendre sensible par cette image le rapport juridique, de s'exprimer ainsi[1] ». Quand on définit en effet la propriété un pouvoir sur une chose, on n'en saisit que le caractère purement extérieur, car tout possesseur de bonne ou de mauvaise foi, tout détenteur même a un pouvoir sur la chose[2].

Il n'y a donc de droit que de personne à personne[3]. Le sujet actif du droit est ici facile à trouver : c'est le propriétaire, celui qui peut se servir de la chose, en user, en jouir, en disposer. Nous reproduisons la définition même du Code civil, définition qui n'est pas fausse, car c'est une description de l'aspect externe du droit et non une analyse de sa nature. L'objet du droit, c'est la chose. Reste à découvrir le sujet passif, c'est-à-dire celui contre lequel le propriétaire pourra exercer son droit. Or le propriétaire n'agit pas contre la chose, qui évidemment ne peut être traduite en justice, mais contre quiconque vient le troubler dans l'exercice de son pouvoir privatif sur cette chose. Il y a une obligation de respecter la propriété, de s'abstenir de tout acte sur un fonds, qui pèse sur tous. En face du sujet actif unique, il y a un sujet passif universel[4].

1. Kant, *Éléments métaphysiques de la doctrine du droit.* Trad. Barni, 1893, p. 88.

2. Cf. Ihering, *Esprit du droit romain,* t. III, p. 72.

3. Cf. Fouillée, *L'idée moderne du droit,* p. 93. « Si toute loi confie un droit aux uns, elle impose aux autres une obligation. »

4. Michas, *Le droit réel considéré comme une obligation passivement universelle.* Thèse, Paris, 1900.

Cette idée autrefois soutenue seulement par quelques auteurs isolés, tend de plus en plus à s'imposer aussi bien en France qu'en Allemagne [1].

Ce qui permet de comprendre facilement la confusion vulgaire, c'est la nature de l'obligation imposée au sujet passif. C'est une obligation purement négative ; le public doit s'abstenir ; il doit laisser jouir le propriétaire. C'est

1. Ortolan, *Explication historique des Institutes. Généralisation du droit romain*, t. I, p. 637 à 642, est à notre connaissance le premier auteur qui ait soutenu en France cette théorie. « Il n'existe de droit que de personne à personne... Sous ce rapport tout droit est donc personnel, » et il analyse le droit réel : « l'obligation qui pèse sur la masse ou l'ensemble de toutes les personnes, et qui consiste dans la nécessité pour tous sans distinction de laisser faire le sujet actif du droit, de lui laisser retirer le profit, l'utilité qu'un droit lui attribue, de n'y apporter aucun trouble, aucun obstacle. C'est une obligation générale de s'abstenir ». Pourtant à la page 641 (texte et note 2), Ortolan retombe dans l'ancienne idée de droit sur la chose. — Voy. également Planiol, *Précis*, t. I, nos 760 à 765 qui donne une démonstration complète de la théorie que nous avons résumée. — Van Bemmelen, *Principes du droit*, p. 110, déclarant qu' « au public incombe le devoir négatif de s'abstenir de tout acte de jouissance, de possession ou de disposition par rapport à cette chose, et le devoir négatif de ne pas entraver la jouissance, la possession et la libre action du propriétaire. Le premier devoir est celui d'un non-faire ce que le propriétaire seul a le droit de faire : le second devoir est celui d'un souffrir (patir) que le propriétaire seul exerce ses facultés exclusives ». — Roguin, *La Règle de droit*, nos 119 et s., p. 229, n° 144, p. 266 (démonstration très complète). — Lévy, *Preuve par titre du droit de propriété immobilière*. Thèse, Paris, 1896, p. 119. — De la Grasserie, *De la classification scientifique du droit*, 1892, p. 12. — Delsol, *Explication élémentaire du Code civil*, 3e éd., 1878, t. I, p. 401 à 403. — Teisseire, *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*. Thèse, Aix, 1901. — Et même sauf quelques réserves : Olier. *De la distinction des droits réels et des droits personnels. Revue critique*, 1896, p. 470. — En Allemagne, outre Kant déjà cité, Ahrens, *Encyclopédie juridique*. Trad. Chauffard, Paris, 1880, p. 205 et s., opinion contraire à celle soutenue par lui dans son *Droit naturel*. — Ihering, *Esprit du droit romain*, t. III, p. 72. — Thon, *Rechtsnorm und subjectives Recht*. Veimar, 1878, p. 161, 166, 180. — Arndts, *Lehrburch der Pandekten*, 13e éd. Stuttgard, 1886. — Dernburg, *Pandekten*. Berlin, 1884, p. 48. Voy. pourtant la 2e édition, 1888, t. I, p. 48 où il change d'opinion et combat la théorie de Windscherd. — Windscheid, *Pandekten*, 6e éd., 1887, t. I, p. 101, § 38 « *Alle Rechte bestehen nur zwischen Person und Person, nicht zwischen Person und Sache*, » et aussi p. 560.

par là justement que le propriétaire diffère du possesseur : car si les tiers sont dans certains cas tenus de respecter la possession, il y a toujours quelqu'un qui n'est pas soumis à cette obligation, c'est le propriétaire ; vis-à-vis du propriétaire au contraire tous y sont soumis, même le possesseur. A l'état normal l'obligation n'est pas visible parce qu'elle est négative ; il ne reste plus en présence que le sujet actif et l'objet du droit, et l'on est tenté de définir le droit en exprimant la relation qui existe entre le sujet actif et l'objet : on dit je suis propriétaire de cette chose. On ne peut pas dire de même : je suis créancier de dix mille francs, parce que cette somme est due nécessairement par quelqu'un et qu'il faut indiquer le débiteur ; au contraire tout le monde est débiteur de la propriété, si on peut s'exprimer ainsi, et l'indication du sujet passif est inutile et impossible. En fait on se trouve toujours dans une de ces deux situations ; ou bien le propriétaire a la possession de sa chose, et alors il n'a besoin d'aucune action pour exercer son droit ; le sujet passif n'apparaît pas ; ou bien au contraire c'est un tiers qui détient la chose ; il agira contre ce tiers, qui semble être le seul obligé. Le lien obligatoire n'apparaît pas à l'état normal ; il n'apparaît que lorsque le droit est violé, et l'action étant dirigée dans ce cas contre le violateur, le sujet passif du droit ne semble pas universel[1].

Pourtant comment comprendre que l'on puisse agir contre un tiers qui s'est emparé de la chose, si l'on ne suppose pas à la charge de ce tiers une obligation préexistante. On pourrait à la rigueur soutenir que l'obligation naît au moment de la violation de la propriété, que la dé-

1. Planiol, *Précis*, t. I, n° 763.

possession est un délit, obligeant son auteur à restituer la chose. Mais supposons qu'il ait transmis cette chose à un tiers; supposons ce tiers de bonne foi, afin que l'on ne puisse invoquer aucune complicité ; ce second acquéreur n'a eu aucun rapport avec le propriétaire, et pourtant il sera tenu de restituer. C'est qu'en effet comme tout le monde il est tenu de cette obligation générale de s'abstenir dont le propriétaire est l'unique bénéficiaire ; par suite peu importe son titre d'acquisition, peu importe sa bonne foi, il doit remplir son obligation et rendre la chose. L'obligation du sujet passif, invisible à l'état normal, à l'état de repos juridique, apparaît nettement quand le droit passe à l'état d'action. Dire que le droit réel emporte droit de suite, c'est dire qu'il peut être exercé contre tous[1].

1. C'est pour cette raison que les expressions *propriété littéraire, artistique, industrielle, propriété des offices ministériels* ne sont pas inexactes. La seule objection que l'on puisse faire est en effet que le droit ne porte pas sur une chose matérielle ; mais c'est un droit opposable à toute personne, et cette universalité du sujet passif est justement la caractéristique du droit réel. Tout au plus pourrait-on dire qu'il y a là un droit réel d'une nature spéciale, et c'est ce que l'on aurait dit sans doute depuis longtemps, si beaucoup de jurisconsultes ne s'en tenaient pas encore à cette vieille idée que le nombre des droits réels est strictement limité par le Code civil. — Il n'est même pas très inexact de qualifier droits réels, le *droit au respect, à la vie, à l'honneur* (Demolombe, t. IX, n° 470, p. 373). Nous avons en effet ici encore un droit opposable à tous. Mais la question n'a pas d'intérêt : car d'un côté toute violation de ces droits constituera un délit pénal, ou tout au moins un délit civil, et par suite obligera à réparation ; et d'un autre côté comme toute réparation en nature est impossible, peu importe qu'il y ait seulement droit de créance fondée sur la faute, ou droit réel dont la violation entraînerait réparation. — Voy. Ihering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz. Erster Brief*, p. 14.

D'une façon générale, cette conception du droit réel fait disparaître toute difficulté sur la nécessité d'une chose matérielle comme objet du droit. Nous avons signalé (p. 133) la discussion soulevée par Weremberg sur la propriété de l'air atmosphérique. Ihering (*Œuvres choisies*, t. II, p. 100) explique fort bien qu'il y a « un droit de prohibition pour le propriétaire contre les atteintes portées par ses voisins à son espace atmosphérique », et il démontre que l'on retrouve dans ce droit les deux caractères essentiels de tout droit réel : 1° le propriétaire peut se servir de cet espace pour son usage per-

Le droit réel pas plus que le droit de créance n'est donc un droit sur la chose[1]. Nous en tirons immédiatement cette conséquence que ce n'est pas un droit absolu. Tout droit existant contre des personnes est nécessairement limité, parce qu'il y a chez le sujet passif une force de résistance contre les prétentions du sujet actif ; et, en matière de propriété, cette résistance va se rencontrer précisément chez les propriétaires voisins de l'immeuble. Nous disons bien que le droit de propriété existe contre toute personne ; mais en fait, tant qu'il n'y a pas dépossession par un tiers, la limitation du droit quant à son objet amène forcément une limitation quant au sujet qui est tenu de l'observer. Peu importe à un habitant d'une ville qu'un habitant d'une autre ville exerce ou non un droit privatif sur une maison ; tant qu'il n'en est pas possesseur, il s'inquiète assez peu de savoir lequel de ses concitoyens en est propriétaire. Au contraire les voisins de la maison sont immédiatement intéressés. Nul en effet ne peut exercer son droit de propriété, sans que ses voisins en ressentent les conséquences ; il exerce donc son droit contre ses voisins. Mais on ne peut plus dire dès lors que son droit soit illimité et absolu.

Nous nous trouvons en présence de la situation suivante : chaque propriétaire est à la fois sujet actif de son

sonnel ; 2° les voisins sont obligés de le laisser en user et de ne pas en user eux-mêmes.

1. Le droit réel n'est donc pas, comme on le dit ordinairement, plus simple que le droit de créance. C'est le contraire qui est vrai. On le trouve plus simple parce qu'on supprime un des éléments, le sujet passif. Voy. Planiol, t. I, p. 299 en note. — On voit donc combien est fausse, pour ne pas dire plus, cette apostrophe de Demolombe : « Place au droit réel, et que tous les rangs s'ouvrent devant lui pour lui faire place, quand il s'avance tout puissant et absolu par sa propre et seule force, sans l'intermédiaire d'aucun débiteur, vers la chose même sur laquelle porte son droit ! » (t. IX, n° 473, p. 379).

propre droit, sujet passif du droit du voisin. Et précisément tout exercice de son droit peut amener une violation de l'obligation qui lui incombe comme à tout autre individu de respecter le droit du voisin. On ne peut lui interdire toute violation, parce que le droit deviendrait pratiquement inutile ; on ne peut permettre l'exercice absolu du droit, parce que cet exercice absolu est inconciliable avec les droits des autres propriétaires.

Il ne faut donc pas définir la propriété, le droit absolu et illimité que l'on a sur une chose. Il n'y a pas de droits illimités, parce que, si la nature humaine tend à cette extension indéfinie, le pouvoir social qui règle et refrène l'instinct individuel doit assurer la limitation et la réglementation des droits privés. « Tout droit individuel, dit M. Huc, est limité par le droit égal et semblable appartenant à autrui[1], » et M. Roguin remarque très justement que « le caractère illimité de la propriété ne doit pas entrer dans sa définition en droit positif[2] ». Cette définition pourrait être celle que donnait Bentham : « l'attente établie dans la persuasion de pouvoir retirer tel ou tel avantage suivant la nature des cas[3] », ou celle que propose M. Boistel : « le droit d'employer une chose pour l'obtention de nos fins en respectant le droit des autres[4] ».

1. Huc, t. IV, n° 90, p. 121.
2. Roguin, *La règle de droit*, p. 306.
3. Bentham, *Traité de la législation*, t. II, p. 33.
4. Boistel, *Cours de philosophie du droit*, t. I, p. 352. — Voy. également sur cette idée : Ihering, *Zweck im Recht*. Trad. de Meulenaëre. L'*Évolution du droit*. Paris, 1901, n° 215, notamment, p. 342 et 345.

SECTION II

INTENSITÉ DU DROIT DE PROPRIÉTÉ

L'homme a l'instinct de la propriété, et modelant sa conception du droit sur son individualité, il tend à lui donner un caractère absolu et illimité. Mais il ne peut exiger des autres hommes une abstention perpétuelle, une attitude passive devant toutes ses fantaisies. Son droit serait injuste et immoral, ce serait un droit de souveraineté. Sans doute ce droit absolu pourrait à la rigueur se concevoir s'il ne sortait pas de la chose qui en fait l'objet, s'il pouvait être rigoureusement cantonné dans les limites qui le bornent. Mais la propriété immobilière ne saurait avoir ce caractère, parce que les actes les plus importants ont une répercussion fatale au delà des bornes de la propriété.

Il faut donc modifier certains caractères que l'homme tend à donner à son droit. Trouvant en lui-même son propre contrepoids, le droit ne saurait plus être ni exclusif, ni illimité.

1° L'exclusivisme. — Le droit de propriété doit en principe être exclusif ; s'il pouvait être exercé par tous, le propriétaire ne pourrait plus l'exercer lui-même. C'est ce qui arrive dans le cas d'expropriation pour cause d'utilité publique ; la collectivité exerce désormais le droit qu'auparavant un seul membre exerçait ; mais on dit alors que le droit de propriété est éteint.

I. Cet exclusivisme ne peut pas aller toutefois jusqu'à interdire à tous autres que le propriétaire une utilisation

quelconque du fonds. La jouissance privative du propriétaire ne s'étend pas jusqu'à la limite théorique extrême que l'on a voulu lui donner ; ou plutôt cette limite est fausse. « Le propriétaire, dit M. Boistel, doit laisser les autres hommes faire de sa chose un usage qui ne gêne en rien l'exercice de ses droits [1] », et nous pouvons formuler ainsi cette première limitation intrinsèque du droit de propriété : *on peut toujours faire de la chose d'autrui un usage inoffensif.*

C'est une solution traditionnelle : Grotius la donnait déjà. Nous avons vu que dans les législations primitives on permet de cueillir des fruits [2], de ramasser du bois mort [3], de chasser sur le fonds d'autrui [4]. Il en est encore ainsi aujourd'hui dans les législations qui ont conservé le caractère primitif. Ainsi en Suède et en Danemark on peut librement cueillir les fruits sauvages, notamment les noix ; en Norvège il est permis de ramasser du bois mort [5]. On peut remarquer également que la chasse ne devient un apanage de la propriété foncière, qu'à mesure que l'idée absolutiste du droit se développe [6].

De nos jours ces actes sont interdits parce qu'ils portent atteinte à la propriété. Mais on peut encore trouver des hypothèses où l'on doit permettre l'usage inoffensif de la chose d'autrui. Ainsi on se promène dans un champ sans

1. Boistel, *Philosophie du droit*, t. I, p. 356.

2. Deutéronome, XXIII, 25, 26. — Platon, *Lois*, VIII, p. 845. — Voy. Guiraud, *La propriété foncière en Grèce*, p. 20.

3. Fustel de Coulanges, *Institutions politiques*, t. IV, p. 107, citant la loi des Burgundes, tit. XXVIII, nos 1, 2, 3.

4. Ihering, *Actio injuriarum*, p. 85.

5. Lehr, *Éléments de droit scandinave*. Paris, 1901, p. 65 no 112.

6. Ainsi en Suède c'est la loi du 21 octobre 1864, qui reconnaît ce droit exclusif au propriétaire. En Norvège c'est seulement la loi du 20 mai 1899. — Lehr, *op. cit.*, p. 66, no 117.

endommager aucune récolte, ou même on cueille des fleurs sauvages, on ramasse des champignons ou des mousses ; y a-t-il là une atteinte à la propriété ? On l'a soutenu, en se fondant justement sur le caractère théoriquement illimité du droit. Chaque fois que l'on violerait les limites, il y aurait violation du droit. Mais justement nous nions absolument ce caractère illimité. On dit que le propriétaire peut agir en justice, parce qu'il a un intérêt, non un intérêt matériel, mais un intérêt moral à ce que l'on respecte son droit. Nous prétendons au contraire que son droit n'a pas été violé parce qu'il ne saurait aller plus loin que son intérêt. « L'intérêt, dit Ihering, forme la limite où le pouvoir, illimité d'après la notion formaliste, du possesseur et du propriétaire doit s'arrêter, et où le droit lui dit : jusque-là et pas plus loin. La possession et la propriété n'ont pas pour mission de réaliser la notion abstraite du pouvoir de la volonté sur les choses, mais d'assurer dans les formes du droit leur destination pour les besoins de l'homme... Mais l'intérêt est variable : il se détermine différemment d'après les circonstances idéales ou réelles qui l'influencent [1]. » Ihering cite en les approuvant les solutions données plus haut [2].

Peut-on objecter les textes de nos lois positives ? Mais il n'y a dans nos lois aucune règle, et ce sont les interprètes qui ont prétendu en tirer de l'article 544. Sans doute cet article ne prévoit aucune exception aux droits du propriétaire, autres que celles résultant des lois ou règlements. Cela se comprend facilement. Le législateur recherche les formules générales, surtout quand il veut donner une définition. La règle générale, c'est le pouvoir privatif

1. Ihering, *Actio injuriarum*, p. 80.
2. Ihering, *ibid.*, p. 85.

du propriétaire ; quant aux limitations nécessaires de ce pouvoir, la loi en traite sous la rubrique des servitudes, le reste a trop peu d'importance pour qu'elle s'en occupe. Le remède à la rigueur extrême des principes consiste pour elle dans les services réciproques que l'on ne doit pas se refuser, dans la tolérance qui sera toujours accordée. Aussi veut-elle encourager la tolérance. Elle prend un moyen qui peut paraître singulier, mais qui est pourtant efficace ; elle n'accorde aux actes de tolérance aucun effet juridique, pensant qu'ainsi on les supportera plus facilement. C'est l'expression même de l'article 2232 déclarant que les actes de tolérance ne peuvent fonder ni possession ni prescription [1].

Il ne s'ensuit pas nécessairement que le propriétaire puisse toujours prohiber tous les actes que d'autres voudraient faire sur son immeuble, alors même que ces actes ne lui causeraient aucun dommage. Une loi spéciale a été jugée nécessaire pour interdire la chasse sur le terrain d'autrui sans autorisation ; c'est donc que si cette loi n'existait pas, les principes généraux n'entraîneraient pas forcément une telle interdiction [2].

Toute la question se ramène à savoir quand est-ce qu'il y a intérêt pour le propriétaire à interdire l'acte. La question n'est pas susceptible d'une réponse *à priori*. Par

1. Cf. également l'article 691 exigeant un titre pour l'acquisition des servitudes discontinues et des servitudes continues non apparentes. — Voy. Moscatelli. *Degli atti facultativi e di mera tolleranza. Archivio giuridico*, 1894, vol. 52, p. 349.

2. Loi du 3 mai 1844, art. 11. Voy. une application de cette théorie faite par M. Labbé. *Note au Sirey*, 1879.2.193. « Un chasseur pénètre sur mon terrain sans ma permission, contre ma volonté ; il ne m'a causé aucun préjudice : il ne m'a pris aucune pièce de gibier, il n'a détérioré ni clôtures, ni récolte ; mais il a violé mon droit de propriété, méprisé ma défense, il a commis une faute et il m'a causé un tort, il a empiété sur mon domaine. Propriétaire lésé dans mon droit exclusif je suis recevable à demander des dommages-intérêts. » — Cf. Laurent, t. XX, n° 407.

exemple peut-on aller se promener sur le fonds voisin? Il faut examiner uniquement le point suivant : en se promenant ainsi sur le fonds, contrarie-t-on l'usage que le propriétaire entend faire de sa chose? Si ce fonds est un jardin ou un parc, le propriétaire a un intérêt à ce que personne autre que lui n'y promène. Si au contraire il est situé en pleine forêt, loin de toute habitation, sans bornes apparentes, concevrait-on en fait que l'on défendît d'y promener? Une telle exagération dans le droit conduirait aux pires injustices. Le propriétaire n'a aucun intérêt à empêcher qu'un tiers y pénètre. Et il ne faut pas dire qu'en lui refusant une action, nous appliquons simplement la maxime courante : pas d'intérêt, pas d'action, mais bien une formule nouvelle de la limitation de la propriété ; pas d'intérêt, pas de droit ; car si l'on suppose un droit théoriquement absolu, l'intérêt naîtrait de la violation du droit et justifierait l'action en réparation.

Au point de vue des rapports de voisinage, il faut donc dire que chaque propriétaire peut user non seulement de son immeuble, mais encore des fonds voisins, tant qu'il ne porte pas atteinte à l'utilité que ses voisins attendaient de leur chose.

En conséquence il y a certains actes qui, quoique accomplis sur le fonds voisin, ne donneront pas lieu à une réparation, parce qu'ils n'ont en réalité porté atteinte à aucun droit. Ainsi par exemple des lapins sortis d'un fonds vont brouter l'herbe du fonds voisin ; il n'y a aucun intérêt à empêcher ces incursions. Ce n'était pas l'avis de Demolombe qui voyait dans ce cas un dommage causé *sine jure* [1] ; mais la grande majorité de la doctrine et une

1. Demolombe, t. XXXI, p. 560. — *En ce sens* également Frémy, *Code de la responsabilité des propriétaires de chasse*, n° 7.

jurisprudence presque constante décident que le dommage minime ne doit pas être réparé [1]. M. Sorel rapporte à titre de curiosité un jugement du tribunal d'Amiens, évaluant le dommage causé à cinquante centimes [2] ! De même un individu en labourant son champ fait pénétrer sa charrue et ses chevaux sur le fonds voisin pour tourner ; s'il ne cause aucun dommage, il en a le droit. Il ne faut pas dire seulement qu'on tolérera cet acte ; le lui interdirait-on formellement, il n'en conserverait pas moins le droit d'agir ainsi, car il ne viole en cela aucun droit. Si on veut l'empêcher de pénétrer, il faudra élever une barrière, cultiver le champ, faire des travaux que toute atteinte matérielle dégradera ; on pourra alors se plaindre du dommage subi, et alors seulement. En pratique on rencontre des exemples curieux qui montrent bien la vérité de cette théorie. Ainsi on se demande si l'ancienne servitude de tour d'échelle existe toujours. L'affirmative, soutenue autrefois par Pardessus et Duranton, est aujourd'hui abandonnée [3]. Pourtant on décide toujours que celui qui a construit un mur sur l'extrême limite de son fonds peut passer chez le voisin pour le réparer [4]. Si on ouvre un livre de pratique on y lit : « Ce n'est pas une servitude mais un droit accidentel imposé par les nécessités du voisinage [5]. »

1. Narbonne, 14 juin 1898. *La Loi* du 5 juillet 1898. — Nogent-le-Rotrou, 1er avril 1898. *Gaz. Trib.*, 13 juillet 1898. — Château-Thierry, 10 février 1888. *Le Droit* du 9 avril 1888. — Beauvais, 28 mars 1884. *Le Droit* du 24 juillet 1884. — Compiègne, 1er août 1883. *Le Droit* du 25 octobre 1883. — Corbeil, 3 février 1880. D. 80.1.304. — *En ce sens* Anty, *Thèse citée*, p. 60. — Sorel, *op. cit.*, n° 3. — Leblond, *Code de la chasse*, n° 381. — Dal. *Rép.*, V° *Chasse*, n° 1349.

2. Amiens, 16 novembre 1858. — Sorel, *op. cit.*, n° 65.

3. Toullier, t. III, n° 559. — Demolombe, t. XI, nos 423 et 424.

4. Bruxelles, 23 mai 1823. *Journal du Palais*, 20 décembre 1836.

5. *Dictionnaire des constructions et de la mitoyenneté* ou *Code Perrin*, refondu par A. Rendu, 9e éd., 1896-1899. V° *Murs contigus*, n° 2816, p. 531 et V° *Tour d'échelle*, n° 3996, p. 760.

Seconde conséquence : s'il y a eu atteinte véritable au droit d'autrui, dommage causé, et que ce dommage ait été réparé immédiatement, la simple violation théorique du droit ne saurait motiver une demande en dommages-intérêts. Ainsi un individu en effectuant chez lui des travaux renversa le mur d'un voisin, il rebâtit ce mur ; le voisin l'actionna comme ayant fait sans droit des travaux sur le fonds d'autrui. Sa demande ne fut pas admise et la Cour de Cassation le 9 décembre 1895 a consacré cette solution [1]. Il ne restait en effet comme fondement de l'action que cette atteinte purement théorique au droit d'autrui, mais il n'y avait plus de dommage causé ; or ici l'atteinte consistait dans le fait d'avoir pénétré et bâti sur le terrain d'autrui. Comme le but était légitime, et qu'il n'y avait aucun préjudice, on ne pouvait pas dire que le droit de propriété eût été violé.

II. Il peut arriver que le propriétaire ne puisse pas user de sa chose ; il n'a aucun intérêt à repousser les atteintes sur cette chose. Supposons qu'un autre puisse en user : va-t-il pouvoir l'en empêcher? La théorie classique répond affirmativement : il a toujours un intérêt à faire respecter son droit, intérêt au moins moral ; s'il n'en use pas, du moins peut-il empêcher tout autre que lui d'en user. Mais il s'agit justement de savoir si, n'ayant pas et ne pouvant pas avoir d'intérêt, il a un droit. Or il faut, croyons-nous, poser le principe suivant : le droit de propriété cesse là où cesse l'intérêt du propriétaire au respect de son droit. Il ne s'agit pas bien entendu de l'intérêt actuel, ni même de l'intérêt éventuel ; il faut que le propriétaire ne puisse pas absolument user de son fonds

1. Cassation, 9 décembre 1895. Pand. françaises, 96. 7. 143.

comme peut en user son voisin, ou tout au moins que l'usage postérieur qu'il pourrait en faire ne soit nullement gêné par l'usage antérieur que celui-ci en aurait fait. Nous formulons ainsi cette seconde proposition : *la propriété ne doit pas s'étendre plus loin que l'intérêt pratique.*

Cette règle doit limiter l'étendue matérielle de la propriété, et nous approuvons absolument l'article 905 du Code civil allemand. « Le droit du propriétaire d'un fonds s'étend à l'espace au-dessus et au sol au-dessous de la surface. Il se peut cependant que les travaux soient entrepris à une telle hauteur ou à une telle profondeur qu'il n'ait plus aucun intérêt à les empêcher. »

En hauteur, tout d'abord, l'atmosphère de la propriété ne s'étend pas au delà des nécessités pratiques qu'il s'agit de satisfaire[1]. Voilà pourquoi je pense que l'on aurait absolument le droit de tendre des fils télégraphiques ou téléphoniques au-dessus d'un fonds, s'ils étaient à une telle hauteur que le propriétaire ne puisse en éprouver aucun désagrément, par exemple si on reliait ainsi les toits de deux maisons, en passant au-dessus d'une maison intermédiaire moins élevée, ou d'une cour appartenant à une autre personne. Concevrait-on que le droit tolérât cet égoïsme féroce qui consisterait à faire disparaître ces fils bien inoffensifs ! Voilà pourquoi aussi on peut promener un ballon dirigeable au-dessus des propriétés, tant que l'on se tient à une hauteur suffisante, et malgré toutes les défenses que pourrait faire un propriétaire.

En profondeur, la propriété est également limitée. Le droit cesse quand on arrive à une profondeur telle qu'il

1. Ihering, *op. cit.*, *Œuvres choisies*, t. II, p. 109.

n'est plus possible au propriétaire d'utiliser son fonds [1]. Beaucoup de législations reconnaissent la possibilité de l'exploitation des mines par un autre que le propriétaire, et c'est au fond, mal déguisée par une prétendue expropriation, la règle du droit français. On donne la mine à celui qui peut l'exploiter, et si le concessionnaire cesse son exploitation, à son tour il est déclaré déchu du bénéfice de sa concession [2].

Quant à la surface du sol, il y a toujours en fait possibilité d'utilisation par le propriétaire ; aussi le droit s'étend jusqu'aux limites matérielles du fonds. Les législations anciennes étaient en général plus sévères : elles exigeaient pour reconnaître le droit une utilisation actuelle [3]. Aujourd'hui la propriété ne se perd plus par le non-usage, c'est une solution certaine. Mais le principe que l'on peut maintenir, c'est que la propriété n'existe pas, quand il n'y a pas utilisation possible de la chose.

III. La plupart du temps un fonds étant susceptible d'utilisations infiniment variées, le propriétaire aura presque toujours la jouissance exclusive de toutes les parties de ce fonds. Mais il peut arriver que l'on reconnaisse au propriétaire voisin le droit de se servir de la chose. Il y a

1. Ihering, *op. cit. Œuvres choisies*, t. II, p. 111.

2. Loi du 28 juillet 1791, art. 14 et 15.

3. Le droit romain rendait dans certains cas propriétaire celui qui avait cultivé le *desertus ager*. — L'ancien droit allemand connaissait la maxime : *Wenn der Busch geht dem Reiter an die Sporen, so hat der Untertahn sein Recht verloren.* Si le buisson s'élève jusqu'aux éperons du cavalier, le sujet a perdu son droit, ce qui est la formule de la perte du droit en cas de défaut de culture. — Chez nous la maxime de Loysel : *Le bois acquiert le plain* (*Institutes coutumières*, liv. II, tit. 2, règle 30) avait à peu près le même sens : la forêt banale, s'étendant sur les terres voisines sans culture, les faisait acquérir au seigneur haut justicier. Voy. Chaisemartin, *Maximes et proverbes*, p. 118.

alors servitude, et l'on définit la servitude un démembrement du droit de propriété.

« La propriété, écrit M. Chénon, n'est pas un droit simple, un droit unitaire, mais plutôt un faisceau serré d'un certain nombre de droits que les Romains rangeaient déjà sous trois chefs, droit d'user, de jouir, de disposer. Chacun des droits peut être séparé, disons le mot, peut être démembré de la propriété, et constitue un droit réel de moindre étendue... Mais la propriété qui est ainsi restreinte devient une propriété incomplète. Le droit réel qu'on en a détaché la limite et la restreint. Le faisceau diminue, mais il existe toujours en face de ce *jus in re* qui en faisait partie et qu'on vient de lui enlever[1]. » On a protesté contre cette conception, et l'on a dit quelquefois que si la propriété était ainsi diminuée, ce ne serait plus une véritable propriété. « Le droit de propriété, déclare Ahrens, ne peut perdre aucun des éléments qui y sont contenus ; sinon il cesserait d'être ce qu'il est et deviendrait un autre droit[2]. » Pour lui c'est seulement l'exercice du droit qui est limité. Nous comprenons mal cette distinction entre le droit et son exercice, et qu'est-ce qu'une propriété qui deviendrait un autre droit ?

Ce n'est pas à dire que l'idée du démembrement de la propriété nous plaise beaucoup. S'il y avait véritable démembrement, le propriétaire du fonds servant ne pourrait plus user du tout de sa chose, tandis qu'au contraire il peut en user à la condition de ne pas contrarier la jouissance spéciale que son voisin en retire. Ainsi s'il y a un droit de passage stipulé, le propriétaire du fonds ne peut

1. Chénon, *Démembrements de la propriété*, p. 12.

2. Ahrens, *Droit naturel*, t. II, p. 160. — *Comp.* Picard, *Le droit pur*, p. 129.

mettre obstacle au passage, mais il peut lui-même user du chemin. Il faut dire que dans ce cas il y a restriction légale ou conventionnelle de ses droits ; il n'a plus le droit d'empêcher son voisin de faire un acte sur son fonds. Son droit est opposable à tous sauf à celui-là ; la propriété revêt quant à lui un aspect spécial. Cette conception est très naturelle quand on admet que le droit réel existe contre des personnes et non sur la chose. On peut très bien concevoir qu'il y ait une personne à laquelle le droit ne sera pas opposable dans son intégrité ; cette personne a donc elle-même un droit qui est opposable à tous, elle a un droit réel, une véritable copropriété partielle portant sur une utilité spéciale de la chose. Cela prouve tout simplement qu'il peut y avoir deux propriétaires de la même chose, l'un ayant le droit d'en retirer une utilité déterminée, l'autre toutes les utilités qui ne sont pas incompatibles avec celle-là[1].

Mais si l'idée que la servitude est un démembrement de la propriété est inexacte au point de vue passif, il est très vrai au contraire au point de vue actif que ce droit réel particulier et immobilier puisse avoir une existence juridi-

1. Il peut même arriver que l'on n'aperçoive pas très clairement la servitude justement parce qu'elle ne gêne en rien l'exercice du droit. Ainsi on ouvre des fenêtres sur une dépendance du domaine public ; l'administration ne pourra les faire fermer que moyennant une indemnité. Aubry et Rau, t. III, p. 69, et les arrêts cités, p. 70, note 5. — Demolombe, t. XII, n° 699. — Toullier, t. III, n° 480. — Proudhon, *Du domaine public*, t. II, p. 363. Les auteurs sont embarrassés par cette solution ; ils ne comprennent pas comment la servitude pouvait exister, ils invoquent une convention tacite entre le propriétaire et l'administration. Ce sont là de pures fictions juridiques. La servitude existait, mais elle n'apparaît en pratique que le jour où l'administration veut transformer l'aménagement du domaine public. M. Laurent conclut avec raison : « Il n'y a rien d'absolu en matière de servitudes » (t. VII, n° 131, p. 159). Voy. sur cette discussion : Dayras, *Questions pratiques sur les servitudes. Revue pratique de droit français*, 1884.1, p. 538.

que distincte. La servitude, dit M. Tissier « est distincte de la propriété du fonds ; elle n'est pas absorbée par la propriété : il y a une propriété, et comme droit accessoire une servitude, celle-ci a une valeur propre ; on ne peut la saisir et la vendre séparément, mais on peut la saisir et la vendre avec l'immeuble auquel elle est attachée, et dans le prix de vente on peut déterminer ce qui est afférent à la servitude[1]. » M. Tissier en conclut avec raison que celui qui a constitué une servitude à titre onéreux jouit sur cette portion du prix du privilège du vendeur. Par arrêt du 10 mai 1878, la Cour de Paris se conformant à une doctrine très générale a cependant admis le contraire[2].

La propriété outre les cas précédemment cités, n'est donc pas exclusive non plus quand elle est grevée d'une servitude. Y a-t-il d'autres hypothèses où l'on puisse encore légitimement porter atteinte à la chose d'autrui ?

IV. Dans notre ancien droit, Beaumanoir admettait qu'en cas de force majeure on peut se livrer à certaines entreprises sur le fonds d'autrui sans le consentement du propriétaire, par exemple passer sur un fonds, quand une inondation a recouvert ou détruit le chemin[3]. C'était déjà la solution romaine[4], et c'est encore une règle suivie dans

1. Tissier, *Examen doctrinal de jurisprudence civile. Revue critique*, 1900, p. 584.

2. Paris, 10 mai 1898, cité par Tissier. *En ce sens*, Guillouard, *Priv. et hyp.*, t. II, n° 476. — Baudry-Lacantinerie et de Loynes, *Priv. et hyp.*, I, n° 569. — L'arrêt de Paris donne deux raisons dont la seconde n'est d'ailleurs que l'explication de la première : 1° la servitude ne peut être hypothéquée (art. 2204) ; 2° la servitude ne peut être saisie séparément. Ces deux raisons sont insuffisantes pour repousser une application logique des principes.

3. Beaumanoir, *Coutumes de Beauvoisis*, chap. 24 et 32, t. I, p. 355. — *Comp.* Glasson, *Inst. pol.*, t. VII, p. 319.

4. Dig. VIII, 6, 14, § 1. *Cum via publica vel fluminis impetu, vel ruina amissa est, vicinus proximus viam præstare debet.*

notre droit actuel. La loi du 6 octobre 1791 (tit. II, art. 41) déclare que dans le cas d'impraticabilité du chemin, si le juge de paix déclare le chemin impraticable, le dommage causé par celui qui aura déclos un champ pour y passer, sera supporté par la commune[1].

Par analogie la jurisprudence déclare que le propriétaire d'objets mobiliers emportés par les eaux peut pénétrer sur le fonds voisin pour aller les chercher[2].

Enfin la loi du 4 avril 1889 (art. 9), reproduisant d'ailleurs la loi de 1791, permet au propriétaire d'un essaim d'abeilles de le poursuivre à travers les champs voisins[3].

Toutes ces dispositions procèdent évidemment de la même idée. Faut-il en déduire un principe général et déclarer légitime tout acte accompli sur le fonds d'autrui, quand on a un intérêt beaucoup plus grand à le faire, que le propriétaire du fonds n'a d'intérêt à vous en refuser l'accès. Le Code civil allemand (art. 904) contient une disposition à peu près semblable. « Le propriétaire d'une chose n'est pas fondé à écarter l'entreprise d'un tiers, lorsque celle-ci est nécessaire pour écarter un danger actuel, et que le dommage dont le tiers est menacé est hors de toute proportion avec celui qui est infligé au propriétaire. Le propriétaire peut demander réparation du dommage qu'il subit[4]. » Deux mots sont très importants dans cet

1. Huc, t. IV, n° 401. La loi du 21 mai 1836 sur les chemins vicinaux n'a pas abrogé cette disposition.

2. Cassation, 9 décembre 1885. S. 86.1.153. — Cassation, 11 mai 1881. D. 81.1.44. — C'était déjà la solution romaine. Dig. XL, 4, 5, §§ 3 et 5. Dig. XXXIX, 2, 9, §§ 1 et 3.

3. Amiens, 16 août 1878. D. 80.2.47. — Cassation, 24 janvier 1877. D. 77.1. 144. — Voy. loi du 28 septembre 1791, art. 7. — Rappelons l'interdit *de glande legenda* dont nous avons parlé, permettant d'aller chercher les fruits tombés sur le sol voisin.

4. Code civil allemand. Trad. de Meulenaëre. *Comp.*, art. 228. « Celui qui

article : danger et réparation. Il faut qu'il y ait danger imminent pour que l'acte soit légitime, et dans tous les cas on doit une réparation. Il y a donc suppression temporaire d'un droit devant un intérêt privé, c'est une sorte d'expropriation pour cause d'utilité privée. On dit parfois que c'est une application de la légitime défense au civil. Ce n'est pas tout à fait exact ; la légitime défense suppose une attaque émanée de celui-là même à qui l'on cause un dommage, et de plus elle entraîne irresponsabilité, tandis qu'ici au contraire on doit une indemnité. La règle consiste en ce que l'on ne peut s'opposer à l'accomplissement de l'acte ; il y a donc expropriation temporaire.

En l'absence d'un texte formel, nous ne pouvons pas admettre en droit français une règle aussi générale. Notre législation ne connaît l'expropriation que pour cause d'utilité publique. Ici aucun intérêt public n'est en jeu. Notre droit est essentiellement individualiste : ici comme ailleurs il a laissé les intérêts privés au libre jeu de leur activité. Quant aux règles spéciales que nous avons citées, il faut les regarder comme des dispositions dérogatoires au droit commun. Elles n'en sont pas moins intéressantes, parce qu'il est très remarquable que l'on n'ait pas songé à qualifier servitudes de pareils droits. Cela montre bien qu'en 1836 et plus encore en 1889, on a perdu cette conception d'un droit absolument exclusif (conception

détériore ou détruit la chose d'autrui pour écarter de lui-même ou d'autrui un danger imminent résultant de cette chose n'agit pas illégalement lorsque la destruction est nécessaire pour éviter le danger, ou que le dommage n'est pas hors de proportion avec le danger. Si l'auteur a causé le danger, il est tenu à des dommages intérêts. » Dans ce cas il y a bien légitime défense au civil. — Règle à peu près semblable dans les législations scandinaves, admettant que, quand il s'agit de sauver sa vie ou sa santé on peut porter atteinte au bien d'autrui. — Lehr, *Éléments de droit civil scandinave*, 1901, p. 64, n° 111.

qui était celle du Code civil), et que l'on tolère certains actes faits sur le fonds d'autrui sans essayer de les placer dans le catalogue des notions juridiques. Leur rareté y a d'ailleurs, il faut l'avouer, quelque peu contribué.

Il faut conclure de tout cela que la propriété ne saurait être rigoureusement exclusive. « La propriété, dit M. Boistel, n'est respectable qu'en tant qu'elle est un bien pour la personne, c'est-à-dire en tant qu'elle est utile pour la satisfaction de ses besoins largement entendus [1]. »

2° L'illimitation. — L'individu ayant toujours une tendance à manifester le maximum d'activité possible, et à négliger les conséquences de cette activité, tend par suite à donner à son droit un second caractère qui est l'illimitation. Mais cette tendance est combattue par les préoccupations sociales. Dans une société civilisée aucun droit ne saurait être illimité.

Un propriétaire ne peut donc agir sans envisager les suites possibles de ses actes. Il faut le considérer à la fois comme propriétaire et comme voisin ; si, comme propriétaire, il peut user de son droit quand bien même il nuirait à son voisin, comme voisin il est obligé de respecter le droit de propriété de celui qu'il confine. Il est à la fois créancier et débiteur. L'erreur de la théorie classique provient justement de ce qu'elle envisage seulement le propriétaire et la chose, et qu'elle fait de cette chose le sujet passif du droit. En réalité chaque propriétaire est à la fois sujet actif de son droit propre et sujet passif du droit des autres ; or tout exercice de son droit peut amener une violation de l'obligation qui lui incombe de respecter le droit d'autrui.

1. Boistel, *Philosophie du droit*, t. I, p. 396.

Sans doute la loi s'efforce dans la mesure du possible de concilier ces droits ; la convention peut empêcher d'autres conflits. C'est le but de l'institution des servitudes. Les servitudes sont la détermination légale ou conventionnelle de l'étendue du droit de propriété, et quand les auteurs classiques déclarent que les obligations négatives du propriétaire ne sont pas des servitudes, ils abandonnent la conception du droit illimité.

Il est donc inutile d'obscurcir cette matière par la création artificielle de droits réels qui viendraient limiter la propriété absolue de sa nature. M. Roguin, étudiant cette question au point de vue de la « science juridique pure », arrive à distinguer seize rapports juridiques possibles entre les propriétés. Les lois modernes en admettraient sept et en rejetteraient neuf [1]. Il y a là une tendance que l'on ne saurait trop critiquer, tendance à « faire tenir tout le droit dans un nombre limité de catégories juridiques qui seraient prédéterminées par essence, immuables dans leurs fonds, régies par des dogmes inflexibles, insusceptibles par conséquent de s'assouplir aux exigences changeantes et variées de la vie » et qui aboutit d'un côté « à l'objectivation absolue et immuable des conceptions, de l'autre et par une conséquence nécessaire à la limitation aprioristique des catégories juridiques [2] ».

On a voulu créer une catégorie de droits qui correspon-

1. Roguin, *La règle de droit,* p. 305. — Voy. une critique de la méthode juridique de M. Roguin par M. Gény, *Méthode,* p. 119.

2. Gény, *Méthode,* p. 115. — *Comp.*, p. 132 où il signale « cette limitation et cette rigidité de vues, directement contraires à tout progrès. L'abus de la logique a conduit à la stagnation du droit, parce que l'esprit juridique résistait comme d'instinct à multiplier ou à assouplir des notions qu'il tenait pour déterminées *à priori* par une sorte de nécessité supérieure et objective, inhérente à leur nature. De là une timidité de la pensée dans l'action, qui a paralysé l'essor de la législation même ».

draient aux servitudes positives, et on est arrivé à une création d'entités juridiques, de notions abstraites, à une personnalisation des immeubles, on a tout compliqué. Ihering raille très finement cette tendance de certains jurisconsultes à la construction dogmatique. Dans une de ses lettres sur la jurisprudence, il écrit : « Voyez-vous là-bas ce vieux toit d'où la pluie s'écoule sur le fonds voisin? Pour quoi le prenez-vous ? — Pour un vieux toit. — Sans doute, mais ne voyez-vous pas l'éclat de la personnalité juridique qui l'illumine comme une lumière électrique? Laissez-moi vous dire ce qu'il est; le vieux toit est une personne juridique, car le toit est le sujet d'un droit d'égout [1]. »

Il est assez remarquable qu'une loi récente apportant une grave limitation au droit du propriétaire n'ait pas du tout songé à appeler cette limitation une servitude. La loi du 8 avril 1898 sur le régime des eaux ne reconnaît plus au propriétaire du fonds qu'un droit très limité sur les sources qui y jaillissent. L'ancien article 641 lui donnait l'entière disposition des eaux de source ; il pouvait les utiliser comme il voulait et même les laisser perdre. Il arrivait souvent que la source formait un cours d'eau très utile aux propriétaires inférieurs. Mais le propriétaire n'en conservait pas moins le droit de disposer à son gré de la source, quelles que soient les conséquences nuisibles qui pouvaient en résulter pour les propriétaires

1. Ihering, *Scherz und Ernst in der jurisprudenz. Fünfte Auflage*. Leipzig, 1892. — *Erster Brief*, p. 12. — « *Sehen Sie jenes alte Dach, von dem Regen auf des Nachbarn Gründstück traüfelt ? Wöfur halten Sie dasselbe ? — Für ein altes Dach. — Gewisz, allein sehen sie den Glanz der juristischen Personlichkeit nischt, der sich wie ein electrisches Licht über dasselbe ergieszt ? Lassen Sie es sich sagen was es ist. Das alte Dach ist eine juristiche Person, denn das Dach ist das Subjekt der Traufgerechtigkeit* ».

inférieurs, à moins que ceux-ci n'en aient prescrit l'usage conformément aux articles 641 et 642 [1].

Cette disposition présentait des inconvénients considérables. Le projet du gouvernement, respectant la conception du Code civil, se bornait pour y remédier à rendre la prescription plus facile. La commission du Sénat proposait au contraire que le propriétaire ne puisse plus détourner une source, quand le cours d'eau qu'elle alimente était utilisé pour l'agriculture ou l'industrie [2]. Cette règle parut une atteinte trop grave aux droits du propriétaire, et on s'arrêta à la formule de l'article 643 actuel: « Si dès la sortie du fonds où elles surgissent, les eaux de source forment un cours d'eau offrant le caractère d'eaux publiques et courantes, le propriétaire ne peut les détourner de leur cours naturel au préjudice des usagers inférieurs [3]. »

Mais après la loi de 1898 comme avant, le propriétaire du fonds reste propriétaire de la source qui jaillit sur ce fonds. Comment expliquer dès lors qu'il ne puisse pas en disposer à son gré ? Certains esprits trouvaient cela inexplicable. Il faut lire la discussion qui eut lieu au Sénat à propos de cette loi pour voir les protestations de tous les

1. Cass. Req., 9 décembre 1862. D. 63.1.27. — Cass. Req., 21 juin 1859. D. 59.1.341. — Cass., 8 février 1858. D. 58.1.68. — *En ce sens,* Baudry-Lacantinerie et Chauveau, n° 843. — Huc, t. IV, n° 267. — Laurent, t. VII, n°s 183 et 187. — Aubry et Rau, 5e éd., t. III, § 244, note 25, p. 65. — Demolombe, t. XI, n° 101. — Dal. *Rép.*, V° *Servitude*, n° 123. *Suppl., eod.*, v° n° 38. — *Nouveau Code civil annoté*, n° 649. — Voy. pourtant *contrà*, Metz, 18 août 1865. D. 66.2.124. — Rouen, 16 juillet 1857. D. 57.2.181. — Cass. Req., 22 mai 1854 (Motifs). D. 54.1.301.

2. D. 98.4 132, note 1, n° 1.

3. Il faut que la source soit assez abondante pour former elle-même un cours d'eau, et il ne suffirait pas qu'elle alimentât un cours d'eau. Il faut prévoir d'ailleurs de nombreuses difficultés d'application. — Planiol, t. I, p. 410, note 1.

jurisconsultes imbus des idées romaines pieusement conservées jusqu'à nous. Ils coupent à chaque instant la parole au rapporteur M. Cuvinot, pour déclarer l'article 643 une violation flagrante du droit de propriété [1]. Ils ne connaissent en effet en fait de propriété que la propriété quiritaire, et ils invoquent « ces préjugés passés à l'état d'axiomes chez les romanistes [2] » et qui, suivant l'expression d'Ihering, condamnent les juristes positifs à une véritable « servitude intellectuelle [3] ».

Ce qu'il faut retenir, c'est que l'on n'a pas pensé à déclarer qu'il y avait une servitude légale dans cette restriction des pouvoirs du propriétaire. Si le Code civil avait édicté une telle disposition, c'est très probablement ce qu'il aurait fait. L'abandon de cette conception montre bien le chemin parcouru par la science juridique. On conçoit désormais une propriété qui n'est pas illimitée [4].

SECTION III

LIMITATION DES POUVOIRS DU PROPRIÉTAIRE

En partant de cette idée que le droit de propriété n'est

1. Voy. séances du Sénat 15 et 16 octobre 1883. *Journ. off.*, Sénat, *Débats parl.*, 1883, pp. 145-157 et 161-170 et 15 février, pp. 153-155. — Rapport Cuvinot, Sénat, *Doc. parl.*, 1883, pp. 102-122.

2. Ihering, *Esprit du droit romain*, t. IV, note 474. — *Comp.* Declareuil, Compte rendu de l'ouvrage de M. Roguin, *Nouv. Rev. Hist.*, 1891, p. 294. « Le caractère absolu que par une incompréhension singulière du *dominium* romain on s'est accoutumé à reconnaître à la propriété n'est qu'une sottise contre laquelle proteste l'évolution historique de tous les peuples. »

3. Ihering, *Esprit du droit romain*, t. IV, p. 307 et *Der Zweck in Recht*, t. I, 1893, pp. 518-532.

4. Cf. la loi du 15 février 1902, sur la protection de la santé publique, interdisant aux communes de détourner désormais de leur cours naturel les sources dont elles sont propriétaires.

pas illimité, on peut, dit-on, résoudre facilement le problème des rapports de voisinage. Toutes les fois qu'il y a responsabilité du propriétaire, c'est que celui-ci a agi sans droit, et il ne faut pas dire qu'il y a abus du droit ; il y a absence de droit. « La plupart des droits, dit M. Planiol, ne sont pas absolus : ils ont au contraire des limites au delà desquelles leur titulaire perd la faculté d'agir, et doit être considéré comme étant sans droit. Il peut donc y avoir abus dans la conduite des hommes, non pas quand ils exercent leurs droits, mais quand ils les dépassent[1]. » M. Planiol n'applique pas à la propriété sa théorie générale ; et aucun auteur ne l'a fait d'une façon claire et complète. Mais cette idée est en germe chez quelques-uns.

M. Saleilles pressent une « évolution nouvelle de l'idée de propriété, puisque à la conception purement individualiste du droit romain se substituerait une conception que l'on pourrait plus volontiers appeler une conception coutumière du droit de propriété, d'après laquelle celui-ci, au lieu d'être forcément l'incarnation du droit qui s'isole et se dégage de toute entrave, apparaîtrait, comme ce doit être le cas pour tous les rapports des hommes vivant en société, comme dominée au point de vue des nécessités sociales et de l'intérêt général », et il vante « cette propriété assouplie, moins brutale et moins fermée, se pliant davantage aux exigences de l'intérêt public[2]. » Dans un autre de ses ouvrages M. Saleilles écrit : « La propriété est un droit dont le contenu juridique

1. Planiol, *Précis*, t. II, n° 909, p. 270.

2. Saleilles, *La législation italienne relative à la conservation des monuments et objets d'art. Revue bourguignonne*, 1895, p. 3. L'auteur étudie les caractères particuliers de la propriété des monuments historiques.

dépend des usages, des mœurs et de la loi ; là où il y a ce que l'on désigne par abus du droit, il s'agit d'un fait non compris dans le contenu juridique de la propriété [1] ».

M. Gény se rattache également à une idée générale « qui commence à s'acclimater dans les jurisprudences modernes, et suivant laquelle l'intensité de la propriété au point de vue des avantages qu'elle comporte serait limitée par la nature même de l'objet sur lequel elle porte, et par la destination normale de cet objet sous le rapport de l'économie générale [2] ». Il faut logiquement en conclure que la propriété des immeubles doit être conçue comme essentiellement limitée par le principe général de l'harmonie à conserver entre les intérêts individuels. Quiconque détruit cet équilibre naturel ne saurait se retrancher derrière l'exercice d'un droit ; il n'y a pas de droit qui permette de violer le droit d'autrui.

Nous admettons volontiers le point de départ. La propriété n'est pas un droit illimité. Mais il ne faut pas croire avoir trouvé après cela la solution de toutes les difficultés qui peuvent se présenter. Il ne sert de rien de dire que c'est un droit limité, si l'on ne peut indiquer clairement les limites.

On ne peut évidemment proscrire tout acte qui nuirait à autrui. Une telle interdiction serait elle-même antisociale, car elle arrêterait toute utilisation pratique de la propriété. Il faut donc faire une distinction entre le cas où l'on agira sans droit, et celui où l'on exercera bien un droit de propriété ; « car là où il y a défaut de droit, dit

1. Saleilles, *L'Obligation*, 2e éd., 1901, note 1 de la page 370 sous la page 372.

2. Gény, *Note* sous Cassation, 11 mars 1896. Pand. franç. 1896.1.337. L'auteur précise dans cette note les caractères de la propriété des mines.

lui-même M. Saleilles, la sanction principale accordée aux intéressés, c'est de pouvoir s'opposer à l'acte illicite, et non pas seulement d'en demander la réparation; sanction en nature, et non par équivalent[1]... »

Donc toutes les fois que le propriétaire veut faire un acte qui dépasse son droit, on peut le lui interdire. « Quant au criterium à établir entre les deux hypothèses, ajoute M. Saleilles, peut-être pourrait-on le trouver dans cette idée que si le procédé employé, bien qu'abusif, ne peut se séparer du fait auquel il s'applique, et qui constitue, lui, un usage légitime d'un droit, tel que le fait par une Compagnie de chemins de fer de faire marcher ses trains, on ne peut reconnaître au tiers le droit de s'opposer au fait principal, en prohibant le fait accessoire, de telle sorte que la sanction de ce dernier ne pourra consister que dans les indemnités qui en résultent. » M. Saleilles a raison de présenter son système sous une forme dubitative. Car, si on l'admet, il faut en arriver à dire: un propriétaire ne peut se servir de la chose qu'en prenant toutes les précautions nécessaires pour que cet usage ne nuise pas à autrui. Or il est évident que par des précautions extraordinaires on peut empêcher tout inconvénient pour autrui, et à défaut on peut toujours ne pas donner à sa chose un aménagement nuisible pour d'autres. M. Saleilles suppose que dans certains cas il y a un dommage inévitable résultant de « l'exercice légitime d'un droit » ; mais il s'agit justement de savoir si un usage qui cause un préjudice à autrui est légitime. Nous tournons dans un cercle vicieux. Il faut trouver une formule qui indique clairement les limites du droit.

1. Saleilles, *L'Obligation*, 2e éd., 1901, note 1 de la page 370, sous la page 373.

M. Saleilles essaie d'élargir autant que possible cette formule. « La propriété, dit-il, est un droit dont le contenu juridique dépend des usages, des mœurs, et de la loi ; là où il y a ce que l'on désigne par abus du droit, il s'agit d'un fait non compris dans le contenu juridique de la propriété. » Mais en réalité la loi, les usages et les mœurs ne reconnaissent-ils pas au propriétaire le droit de tirer parti de sa chose, quelles que soient les conséquences de ses actes ? L'aveu en échappe à cet auteur quelques lignes avant le passage que nous avons cité. « Si peu qu'un acte de propriété soit utile à celui qui l'accomplit, et qu'il rentre dans la destination économique de la chose objet du droit, il sera conforme à l'usage et ne constituera jamais un abus du droit. » C'est à cette formule qu'il faut s'en tenir. Le droit de propriété comprend le droit de faire tous les actes conformes à la destination économique de la chose, d'empêcher toute atteinte qui nuirait à une utilité qu'on retire de la chose.

Il est impossible de déclarer que dans tous les cas où la jurisprudence accorde une indemnité, c'est que le propriétaire a agi sans droit. Ce serait en effet lui enlever les facultés les plus inhérentes à la propriété, ce serait faire de son droit un avantage illusoire. Il serait maître du fonds, mais il ne pourrait ni exercer une industrie, ni édifier un théâtre, ni conserver du gibier ! N'y a-t-il pas d'ailleurs des cas où l'administration intervient justement pour reconnaître le droit du propriétaire ; ainsi on ne peut ouvrir une maison de tolérance ou exercer une industrie dangereuse qu'en obtenant une autorisation, mais quand on l'a obtenue on a le droit de se croire en pleine sécurité. Dira-t-on alors que chaque voisin peut faire fermer ces établissements? De telles solutions se réfutent elles-mêmes.

La propriété sans être illimitée a une tendance à l'illimitation. On ne peut sous prétexte d'un intérêt social arrêter cette expansion.

L'intérêt social n'exige pas en effet nécessairement la restriction de l'intérêt individuel. Il faut laisser libre cours à l'activité humaine. Sans doute des dispositions légales sont nécessaires pour empêcher des aménagements nuisibles à tous ; mais en dehors de ces cas, on doit permettre le plein épanouissement de l'industrie. Son développement est une preuve manifeste de prospérité, et pourtant il occasionne de fréquents dommages.

Il ne faut donc pas chercher la solution du problème dans ces interdictions qui tueraient plus sûrement la propriété que l'absence complète de réparation. Il ne suffit pas de dire : le droit de propriété est limité. Car cette conception aboutirait à un sacrifice nuisible à tous de l'intérêt individuel, à une direction abusive des pouvoirs de chacun, à une sorte de régime socialiste, où le droit individuel ne saurait être exercé que sous la surveillance constante des tribunaux.

Il est d'intérêt général que chaque propriétaire puisse donner à sa chose toutes les destinations économiques possibles. Il est aussi d'intérêt général que ses voisins ne souffrent pas sans compensation le préjudice causé. On doit l'obliger à le réparer, et c'est sur le terrain de la responsabilité qu'il faut transporter la question.

CHAPITRE II

LA RESPONSABILITÉ DANS L'EXERCICE DU DROIT

Ce qui rend la théorie classique absolument impuissante à donner une solution rationnelle de notre question, c'est qu'elle est prise entre deux propositions considérées comme des axiomes : la première, c'est que la propriété est un droit absolu ; la seconde, c'est que nul n'est responsable dans l'exercice de son droit, ou, pour employer la formule classique, *neminem lædit qui suo jure utitur.*

Le chapitre précédent démontre la fausseté du premier principe. Mais cette revision rationnelle de la notion de propriété ne suffit pas à résoudre le problème. Il est impossible en effet de restreindre le droit au point de le rendre absolument inoffensif. On ne peut par des mesures préventives ou répressives interdire toutes les atteintes au droit.

Ces atteintes ne devront pourtant pas rester sans réparation, et pour le démontrer, nous proclamons un principe absolument opposé au principe classique : *on peut être responsable même quand on exerce un droit.*

SECTION I

FONDEMENT JURIDIQUE

I

Une question préjudicielle se pose. Pouvons-nous établir un pareil principe? Sans doute cette recherche est permise à un point de vue purement spéculatif, dans un but de curiosité scientifique, ou pour formuler un desideratum législatif. Mais ce n'est pas là seulement notre but, et nous voulons démontrer que le principe doit dans notre législation actuelle s'imposer et triompher. Si on peut nous arrêter en nous objectant l'absence d'une loi précise, si, ralliée tout entière à la devise de Demolombe, « les textes avant tout », l'ancienne école, fidèle à sa méthode d'interprétation classique et scolastique, refuse de reconnaître tout principe nouveau qui n'aurait pas été expressément formulé, nous n'avons plus qu'à attendre une réforme de la loi, lointaine et hypothétique, et en tout cas toujours dangereuse.

C'est là le premier obstacle à vaincre. Sommes-nous arrêtés par un texte sacré de loi que l'on ne saurait enfreindre? En notre matière quel est le texte? Rien, au titre de la propriété; et, à celui de la responsabilité, un seul grand principe très général contenu dans l'article 1382. Il faut l'avouer franchement, dans la pensée du législateur l'article 1382 repose tout entier sur l'idée de faute, et, pour les rédacteurs du Code civil, ne saurait être en faute celui qui exerce un droit.

Mais qui donc pourrait nous reprocher de violer la conception législative? Quel est l'auteur qui s'en est tenu purement et simplement au principe de la faute ? Sans doute tous le proclament, se retranchent derrière lui ; mais ensuite ils prétendent l'expliquer, et en réalité ils le détruisent par leurs commentaires subtils et incertains. Toutes les formules qu'ils proposent font disparaître dans la faute tout élément subjectif, et ils se rallient à une faute objective, que les rédacteurs du Code civil auraient quelque peine à reconnaître.

Le respect du texte législatif est nécessaire quand ce texte édicte des règles formelles, parce que le respect de la loi est le fondement de la confiance sociale, c'est-à-dire le fondement même du droit. Mais le respect de la pensée législative, pourquoi cela? Les rédacteurs du Code civil s'étaient-ils donc arrachés à toutes les préoccupations juridiques de leur époque, inspirés par une révélation suprahumaine? On le croirait presque en lisant certains auteurs. Il faut protester contre cette conception, et déclarer avec M. Sauvaire-Jourdan, que « le Code civil n'est pas un livre de droit révélé pouvant servir immuable à des conditions sociales sans cesse en voie de changement [1] ». En quoi les doctrines des rédacteurs du Code civil ont-elles plus de valeur que celles des jurisconsultes qui les ont précédés ou suivis? Avaient-ils le droit d'imposer leurs conceptions juridiques à toutes les générations suivantes? C'est déjà bien assez qu'il reste au fond de notre conception du droit, de notre conscience juridique, des idées préconçues qu'il est parfois malaisé de rejeter, sans déclarer encore que ces idées ont véritablement force de

1. Sauvaire-Jourdan, *Revue du droit public et de la science politique*, 1897, 1re partie, p. 346.

loi. Nous devons respecter le texte législatif (*Rechtsbefehl*), mais nous ne sommes pas tenus de respecter la pensée législative (*Rechtsgedanke*).

C'est ce qu'ont fait tous les auteurs consciemment ou inconsciemment. La formule de l'article 1382 a servi de cadre aux systèmes les plus différents. L'esprit du législateur n'a pu, au moment où il établissait le principe, embrasser le nombre illimité des cas qui se présenteraient et dans lesquels ce principe devrait être appliqué. Des besoins nouveaux ont surgi, que l'on ne pouvait prévoir et par suite réglementer.

La règle législative ne correspond même pas toujours aux nécessités du moment, mais bien plutôt à celles de l'époque qui disparaît ; elle est en effet la formule consécrative des rapports que l'esprit est habitué à saisir et à comprendre depuis longtemps. Cette formule n'est qu'un point de répère dans la marche incessante du droit ; elle n'est pas plutôt écrite qu'elle est vieillie. Car la fixation de la loi survient toujours aux époques où il y a eu une brusque transformation sociale, pour marquer le point de départ d'une ère nouvelle. Mais la formule fixée ne répond même pas aux besoins actuels qui prennent dans un état social transformé une acuité plus grande, et elle ne saurait prévoir tous les conflits, naissant des nouvelles directions données à l'activité humaine. Et comment voudrait-on, alors que dans ce siècle dernier tout s'est modifié dans la vie humaine, commerce, industrie, agriculture, sciences, à tel point qu'un homme de 1804 ne reconnaîtrait presque plus une seule des institutions de son époque, qu'il puisse retrouver dans leur inflexible rigidité des règles juridiques qui ne doivent être que la réglementation des rapports actuellement existants. Tous les termes

du rapport auraient changé, et le lien de droit se serait seul conservé dans son absolue intégrité !

Si la codification devait aboutir à cette fixation stagnante du droit, il faudrait concéder à De Savigny qu'elle est un obstacle à tout progrès juridique. Mais il ne doit pas en être ainsi. La codification est nécessaire pour fixer le droit, pour assurer les résultats acquis ; mais ensuite le droit reprend sa marche qui est la marche même de l'humanité. Il faut abandonner cette antique idée d'une législation idéale, pouvant convenir à tous les temps et à tous les peuples, issue de prétendues maximes de droit naturel. Ce qu'il nous faut, c'est une législation conforme à la vie et aux mœurs de chaque peuple déterminé à une époque déterminée, une législation représentant par cela même les sentiments de justice et les intérêts de la nation. Or, comme ce sentiment et ces intérêts se transforment incessamment, le droit doit se modifier avec eux.

L'article 1382 est assez large pour que les solutions les plus diverses puissent s'en réclamer, et c'est ce qui fait sa vitalité. Il ne saurait donc par lui-même nous embarrasser. S'il faut nécessairement l'appliquer à notre question, nous saurons bien, comme l'ont fait tous les auteurs, l'interpréter favorablement à notre cause, et une telle interprétation serait assurément légitime.

Mais à quoi bon cette hypocrisie juridique? Il faut adopter une solution plus radicale et déclarer franchement que l'article 1382 ne saurait nous donner la solution du conflit. Sur ce point, comme sur bien d'autres d'ailleurs, il est insuffisant. Le Code civil s'est préoccupé de prévenir les conflits de voisinage, non d'assurer la réparation des dommages causés. L'article 1382 règle le conflit des activités libres, s'exerçant au sein de la même société,

mais aucun texte n'apporte de solution pour la réglementation du conflit de droits similaires se nuisant réciproquement.

Il ne suffit pas d'invoquer cette vieille maxime : *neminem lædit qui suo jure utitur*, simple explication d'une solution particulière érigée en axiome général, et que l'on voudrait nous imposer comme maxime juridique. On ne peut se réclamer d'une formule romaine, qui n'avait même pas un sens général à cette époque, et qui en tout cas n'est pas reproduite par nos lois positives.

Il n'y a aucun texte qui règle le domaine respectif de la responsabilité et du droit. N'est-il donc pas possible que ces deux domaines se confondent ?

II

La démonstration semble difficile puisque nous nous sommes volontairement privés de l'appui des textes. On peut cependant trouver un autre moyen de recherche. Pour arriver à poser la règle de droit, il faut se demander quel est le but à atteindre, vers quel but combat le droit, pour reprendre l'expression d'Ihering[1] ; c'est cette finalité du droit qui doit en déterminer le principe, de même que dans toute activité c'est le but à atteindre qui détermine l'effort. Or le but, c'est d'assurer la réparation des dommages causés ; il faut donc se demander par qui doit être fournie la réparation, et pour cela consulter à la fois ce sentiment de justice sociale qui se dégage toujours d'une collectivité, et l'utilité générale de la société, devant laquelle le droit ne saurait rester indifférent. C'est là, dit

1. Ihering, *Der Kampf ums Recht*. Trad. de Meulenaëre, *La lutte pour le droit*, 1890, p. 1 à 15.

M. Gény, la vraie logique des règles juridiques « logique vraiment sûre et féconde, parce qu'elle est faite tout entière de motifs moraux, psychologiques, économiques et qu'elle tend à réaliser l'équité objective par la combinaison de l'idée de justice avec celle de la plus grande utilité sociale[1] ». Nous aurons alors vraiment, « un droit vivant, né avec nous[2] » toujours adapté aux sentiments et aux besoins de son époque.

A ce principe fièrement proclamé les objections n'ont pas manqué ; on a taxé la méthode d'arbitraire ; toute théorie qui n'est pas fondée sur un texte de loi laisse, dit-on, libre carrière à la fantaisie du juge.

Mais tout d'abord quelle est la théorie proposée qui puisse échapper à ce reproche? Ce n'est certes pas la théorie traditionnelle : elle se proclame conforme à la loi, mais qui ne voit la création véritable sous le voile de l'interprétation. Dès que l'on s'est écarté de l'idée de faute subjective, fondée sur la mauvaise foi ou la négligence du propriétaire, on est tombé dans l'arbitraire.

Et d'une façon plus générale le rôle du juge consiste toujours à examiner en fait si la situation des parties présente bien tous les caractères qui lui rendent une règle de droit applicable ; mais il est souverain juge de cette interprétation, et juge sans contrôle, puisque la décision sur le fait échappe à l'appréciation de la Cour suprême. Toute question portée en justice est soumise à une appréciation

1. Gény, *Méthode*, p. 129.

2. Gœthe, *Faust*, 1re partie, scène III. *Méphistophélès à Faust.* « Les lois se transmettent comme une maladie. Elles passent de génération en génération : elles se transmettent d'un lieu à un autre ; ce qui était raison devient folie, ce qui était bon devient mauvais. N'importe on vous appliquera les lois faites pour votre grand-père, mais du droit vivant né avec nous, hélas il n'en est jamais question. »

individuelle, partant faillible et arbitraire. Et comme l'on ne peut avoir de formules légales qui puissent se calquer exactement sur des situations de fait, puisqu'il n'y a pas de question pratique dont il soit possible de discerner immédiatement la solution juridique, il faut toujours recourir à une recherche d'intention, à une inquisition de la vie privée de chaque individu, toujours subjectives et arbitraires.

L'interprète et le juge doivent donc appliquer aux situations de fait les règles légales, et par suite, quand il se présente telle situation que la loi n'a pas prévue et ne pouvait pas prévoir, ils ont le droit de chercher ailleurs que dans les textes la solution qu'il faut lui donner. « A défaut de texte précis sur chaque matière, disent les travaux préparatoires, un usage ancien, constant et bien établi, une suite non interrompue de décisions semblables, une opinion ou une maxime nous tiennent lieu de loi[1]. » Comme on est toujours libre de choisir parmi ces différentes sources le principe qui semble le meilleur, on peut proclamer hardiment le droit, à défaut de texte formel, à une *libre recherche scientifique*. C'est la conclusion à laquelle arrive M. Gény dans son beau livre sur la méthode du droit positif.

Le mot effraie bien des gens. La libre recherche scientifique apparaît aux jurisconsultes orthodoxes, un peu comme devait apparaître aux théologiens catholiques, l'esprit de libre examen, proclamé par la religion réformée. Mais en réalité il y a entre les deux choses la différence

1. Il est remarquable que la même racine ait donné deux mots dont l'un signifie juge pour la conciliation des intérêts privés (arbitre), et l'autre, danger d'une appréciation subjective (arbitraire).

2. Discours préliminaire sur le projet de l'an VIII. Fenet, t. I, p. 471.

qui sépare le dogme intangible de la vérité de raison toujours variable ; et si la comparaison est vraie, c'est que justement certains jurisconsultes ont érigé en axiomes des maximes édictées par nos lois ou tirées de textes romains, et qu'ils ne supportent aucune discussion sur ces principes ainsi forgés.

C'est contre ce vice de méthode que nous nous élevons. Il n'y a pas de principes *à priori*. Nous avons par conséquent le droit de soumettre à un sérieux examen toutes ces maximes de soi-disant droit naturel. Va-t on pour cela tomber dans le subjectivisme et l'impressionisme, arriver à une variation incessante des décisions qui enlèverait au droit toute force, parce qu'elle ferait disparaître toute confiance dans le juge ? C'est évidemment l'écueil, mais il est loin d'être fatal. Il y a des individus dont la mission est de dire le droit ; ils forment un corps, inspiré d'idées communes, soumis à la même discipline, dominé par la même autorité, invariablement enclin à reproduire les mêmes solutions, capable de réformes et de progrès, mais retenu par l'influence des décisions acquises. Sans doute les parties peuvent toujours, invoquant la largeur des principes, les tourner en leur faveur : mais elles n'ont alors comme appui qu'une opinion individuelle. Le juge au contraire suit le sentiment commun. A moins de parti pris, son opinion est toujours influencée sans qu'il s'en rende compte par les variations de temps et de milieu auxquelles il est soumis ; il a un peu en lui de la conscience nationale.

Il doit se demander pour chaque solution : est-elle juste ? et quand il lui semble en effet qu'au point de vue de l'équité une réparation est due, il doit se poser cette seconde question : la réparation est-elle conforme à l'intérêt général, ou bien ne vaut-il pas mieux dans l'intérêt de

tous laisser s'accomplir cette minime et temporaire iniquité ? Justice, utilité, telles sont les deux bases de son jugement.

C'est à ces deux points de vue que nous allons nous placer pour étudier le principe : *Neminem lædit qui suo jure utitur.* Par cette recherche légitime nous allons essayer d'établir le principe absolument contraire : on peut être responsable dans l'exercice d'un droit.

SECTION II

FONDEMENT RATIONNEL

Supposons qu'un individu établisse sur son fonds une usine ; la fumée, le bruit, les odeurs amènent une diminution sensible de la valeur économique des fonds voisins. Il y a un préjudice certain, évaluable en argent. Qui doit le supporter ?

La théorie traditionnelle déclare que l'on ne doit aucune réparation : personne n'est responsable. C'est mal raisonner : il y a toujours quelqu'un qui supporte le préjudice, c'est celui dont le fonds a perdu une partie de sa valeur. Est-ce juste ? Oui ! dit cette théorie, parce que l'on ne peut rien reprocher au propriétaire qui a causé le dommage, et elle ajoute que cette solution est absolument nécessaire, parce qu'un droit pour avoir une valeur sociale doit pouvoir être exercé sans que son titulaire soit passible d'aucune responsabilité. C'est une double erreur.

I

Au point de vue de l'équité une solution s'impose : doit

réparer le préjudice celui qui l'a causé ; chacun est responsable de ses actes. On dit bien : il y a dommage causé par une chose à une chose ; mais qui ne voit qu'il n'y a là qu'une simple figure ? On dit que le dommage est causé à une chose, parce que le propriétaire n'a plus dans son patrimoine qu'une valeur moindre ; et on dit que c'est une chose qui l'a causé, parce qu'en général le préjudice ne résulte pas immédiatement de l'activité humaine, mais d'un aménagement spécial de l'immeuble créé par cette activité. Mais l'aménagement n'est que l'instrument du préjudice ; et il faut par lui remonter pour trouver la véritable cause jusqu'au propriétaire.

C'est un principe de morale que chacun réponde de ses actions bonnes et mauvaises, principe de justice idéale, justice individuelle comme justice sociale. Ce qui le prouve mieux que tous les raisonnements, c'est la tendance invincible qui pousse la jurisprudence et la doctrine vers cette idée. Quand on supprime dans l'article 1382 l'idée de faute, c'est-à-dire l'idée qui justement le légitimait aux yeux du législateur de 1804, quand on parle de *faute objective*, ce n'est plus en réalité la faute que l'on considère, mais le dommage causé. On se demande simplement, s'il existe une relation de causalité entre l'acte et le préjudice, et par conséquent on arrive à cette formule : chacun est responsable de ses actes.

Il faut donc rechercher quel est celui des deux propriétaires qui est le véritable auteur du préjudice. La solution n'est pas toujours facile, car celui qui le subit peut s'y être volontairement ou imprudemment exposé. En général, dans la plupart des cas de responsabilité, la victime n'a pas eu d'initiative dans l'événement ou en a eu très peu. Mais ici il peut arriver au contraire qu'elle soit la propre

cause du dommage qu'elle subit. Elle n'éprouve de préjudice en effet que parce que, étant propriétaire, elle a donné à son immeuble tel ou tel aménagement. Le préjudice résulte d'une rupture d'équilibre, d'une dissimilitude d'aménagement des fonds. Or la victime pouvait toujours, en modifiant l'aménagement de son fonds, maintenir l'équilibre : par exemple s'il y a une usine dans le voisinage, au lieu d'étendre des toiles sur son fonds, elle n'avait qu'à le semer. Loin de nuire aux récoltes la fumée leur aurait été favorable, en les préservant des gelées. Le dommage dépend donc à la fois de la situation de la victime et de celle de l'auteur.

On s'est posé une question analogue pour la responsabilité du fait des choses mobilières. On s'est demandé qui doit être responsable du préjudice causé par ces choses, et on a répondu sans hésitation : le propriétaire [1]. Il est en effet dans une situation privilégiée vis-à-vis de celui qui n'est pas propriétaire ; et toutes les fois que la victime n'a pu amener elle-même le dommage par un exercice illicite de son activité, il est certain que c'est la chose qui l'a causé ; son propriétaire par suite est responsable.

Notre situation est bien différente. Les deux parties en effet sont dans une situation juridique identique : auteur et victime sont tous deux propriétaires, et si l'un cause le dommage parce qu'il l'est, l'autre ne le subit que parce qu'il l'est également. C'est la diversité du but poursuivi, la complexité des rapports de voisinage, qui est la véritable cause du préjudice. Et il semble qu'en bonne justice, chacun jouissant du même pouvoir juridique, personne ne peut se plaindre du préjudice souffert.

1. Saleilles, *Les accidents du travail et la responsabilité civile.* — Josserand, *De la responsabilité du fait des choses inanimées.* — Pisier, *De la responsabilité du fait des choses.* Thèse, Paris, 1895.

Le problème est-il donc insoluble? Faut-il renoncer à reconnaître quelle est l'initiative qui a amené le dommage? La pratique constante démontre suffisamment le contraire. Les tribunaux ont abandonné la théorie de la faute; ils condamnent l'auteur du préjudice, même quand il n'a commis aucune faute; c'est donc qu'ils parviennent à reconnaître l'auteur responsable. De ce que le préjudice résulte de plusieurs activités s'exerçant simultanément, il ne s'ensuit pas qu'il soit impossible de discerner la part que chacune de ces activités a eu dans la réalisation de ce préjudice. Et nous répondons de suite: celui des deux propriétaires qui a causé le dommage, c'est celui qui a *détruit le rapport normal existant entre les deux propriétés*.

Supposons deux fonds contigus, limités et incultes. Il y a entre eux un équilibre naturel: le fonds inférieur recevra les eaux de pluie qui tombent sur le fonds supérieur, les arbres poussés sur la limite entremêleront leurs branches au hasard. Il ne peut y avoir de dommages, parce que l'on ne retire des immeubles aucune utilité ou plutôt parce que les deux propriétaires en retirent la même utilité. Les possesseurs de forêts voisines peuvent avoir des contestations sur les limites; mais ils ne peuvent en avoir que sur ce point.

Un des deux laisse son champ inculte; l'autre au contraire le défriche, fait des fouilles, creuse des fossés, recueille les eaux. De ces travaux peut résulter un préjudice pour le voisin; par exemple les fouilles amèneront l'éboulement d'un talus, des eaux nuisibles envahiront son fonds, etc. En bonne justice c'est évidemment l'auteur de l'aménagement nouveau qui doit en réparer les suites. L'exploitation identique des deux fonds assurait l'équilibre des intérêts en présence. Un des propriétaires a

rompu cet équilibre ; il doit réparer le dommage résultant de cette rupture.

Compliquons le problème : supposons maintenant que pendant que l'un fait des fouilles, par exemple pour chercher de l'eau, l'autre bâtisse une maison. Les fouilles sont mal conduites, elles arrivent jusqu'à l'extrême limite du fonds, déterminent un glissement de terrains, et amènent la chute de la maison. Il y a eu destruction de l'équilibre naturel existant entre les deux fonds. Mais on ne peut plus dire comme tout à l'heure que l'auteur des fouilles a causé exclusivement ce dommage ; car il n'y aurait pas eu préjudice si l'autre n'avait pas bâti sa maison. Le préjudice est né de la rencontre de deux activités, qui, quoique s'exerçant sur des choses matérielles différentes, en sont arrivées à se heurter dans leurs conséquences. Pourtant ici encore il faut dire que l'auteur des fouilles est le véritable auteur du dommage. Il lui était facile en effet de ne pas causer de dommages en faisant ces fouilles, il n'avait qu'à les diriger prudemment, tandis qu'il était impossible au propriétaire de la maison de ne pas subir le préjudice, à moins de ne pas construire. En termes plus généraux, l'activité responsable est celle qui aurait pu éviter le dommage en agissant autrement ; l'activité irresponsable est celle qui le subit, sans pouvoir l'éviter autrement que par l'inaction.

La difficulté peut être encore augmentée : car on peut supposer la rencontre de deux activités, dont aucune n'aurait pu éviter le dommage, si ce n'est pas l'inaction, c'est-à-dire le cas où le préjudice causé est la conséquence nécessaire et fatale de telle ou telle exploitation. Par exemple une usine répand une épaisse fumée qui envahit la maison voisine. Le dommage ne peut être évité que si

le propriétaire abandonne sa maison, que si le manufacturier ferme son usine, c'est-à-dire si une des deux activités se retire de la lutte. Faut-il dire ici que le préjudice est leur œuvre commune ? Même en l'admettant, ce ne serait pas une raison suffisante pour refuser d'une façon absolue au lésé toute action en réparation ; il y aurait tout au moins partage de la responsabilité. Nous croyons qu'il faut aller plus loin, et que le propriétaire de la maison peut exiger de l'usinier une réparation complète. S'il y a dommage en effet, c'est qu'il y a rupture de l'équilibre normal existant entre propriétés voisines ; or celui qui bâtit une maison ne rompt pas cet équilibre ; la maison par elle-même ne cause aucun dommage ; tandis qu'au contraire celui qui ouvre une usine fait subir à ses voisins tous les inconvénients d'une pareille exploitation ; il est par conséquent le véritable auteur du préjudice. Que l'on n'objecte pas : le propriétaire ne supporte le préjudice que parce qu'il a bâti une maison ; car en généralisant la formule il faudrait dire que tout individu n'est lésé que parce qu'il existe, et ne jamais admettre de responsabilité.

Supposons au contraire que l'usinier ait pour voisin un blanchisseur de toiles, que la fumée, quoique très modérée, noircisse ces toiles. Dirons-nous encore que l'industriel est responsable ? Non en principe, parce que son usine ne causerait aucun dommage à un propriétaire qui userait de son fonds d'une manière ordinaire, il n'a pas détruit le rapport *normal* existant entre les deux fonds. Mais au contraire le blanchisseur qui consacre son fonds à cette industrie spéciale, qui dirige son activité dans une voie exceptionnelle, est, quoique victime, la cause véritable du dommage.

En résumé, au point de vue de l'équité, on peut établir

ce premier principe : doit être responsable du dommage celui qui l'a causé, principe qui nécessite immédiatement une explication : celui qui a causé le dommage est celui qui, faisant de sa propriété un *usage anormal, exceptionnel*, a détruit le rapport d'équilibre qui existait entre les fonds voisins.

Le fait que l'on exerce un droit ne peut rien changer à ce principe. On doit être responsable, quoique l'on exerce un droit, ou plutôt justement parce que l'on exerce un droit. C'est l'idée très générale qui est contenue dans l'expression de *risque professionnel*. Toute activité humaine, s'exerçant légitimement, entraîne des conséquences dommageables, comme des conséquences profitables, et celui qui bénéficie du profit doit supporter le risque. Le risque professionnel est la conséquence fatale de l'industrie. Mais toute activité s'exerçant sur des choses peut entraîner des préjudices et l'on parle avec juste raison dans ce cas du *risque créé*. Celui qui use d'une chose de telle ou telle façon augmente pour les autres les chances de dommage. S'il n'usait pas de la chose, il n'y aurait pas de dommage. Sans doute c'est son droit d'en user, la loi le lui reconnaît expressément ; cet usage lui rapportera un profit, mais celui qui bénéficie des avantages doit supporter les pertes. Au point de vue de l'équité, la reconnaissance d'un droit par la loi entraîne le droit d'exercer librement son activité, mais non pas pas de s'exonérer de toutes les conséquences de cette activité.

Cette idée complète la première. Nous disions tout à l'heure : qui crée le dommage doit le réparer parce qu'il l'a créé ; il faut ajouter, et parce qu'il profite de la cause qui le crée. Laisser un tel acte sans réparation ce serait le scinder en deux parties, diviser ses conséquences, laisser

au propriétaire toutes les bonnes chances, faire supporter à ses voisins toutes les mauvaises. On ne peut opérer cette scission arbitraire. Les conséquences d'un acte forment un bloc ; celui qui a pris l'initiative de l'acte doit toutes les supporter.

En principe, plus l'on fait de sa propriété un usage exceptionnel, plus on augmente l'agrément qu'on en retire et les bénéfices qu'elle rend. Mais à cette augmentation de profits correspond une augmentation de dommages pour les voisins ; un champ de blé ne peut causer aucun préjudice aux fonds contigus ; une carrière qui provoque des éboulements, une maison qui s'effondre, une usine qui répand de la fumée, un théâtre avec ses dangers d'incendie, ses allées et venues, une maison de tolérance avec le spectacle qu'elle offre, sont des sources de préjudices. N'est-il pas juste que celui qui retire de cette exploitation de beaux bénéfices en supporte les pertes?

On objecte qu'il s'agit de rapports entre voisins, que chacun joue par conséquent en même temps le rôle d'auteur et de victime. Il n'y a donc rien d'injuste à laisser à un propriétaire tout l'avantage résultant de l'exploitation de sa propriété, puisqu'il aura sa part de désavantages provenant de l'exploitation des propriétés voisines.

C'est absolument inexact. On suppose que chacun recueille autant de bénéfices que ce qu'il supporte de préjudices, ce qui revient à supposer l'identité d'exploitation. Dans ce cas évidemment il n'est pas nécessaire de s'occuper de l'action en réparation, il y a équilibre de préjudices ; le rapport naturel n'est pas modifié. Mais justement cette similitude, cette identité n'existent nulle part.

Il y a des aménagements nuisibles, d'autres qui ne le sont pas; les inconvénients ne sont pas réciproques, et par conséquent chacun doit supporter les siens.

Ici apparaît encore la fausseté du principe de l'irresponsabilité dans l'exercice d'un droit. C'est parce que l'on exerce un droit que l'on recueille des bénéfices; or on doit supporter les pertes, c'est-à-dire réparer le dommage, parce que l'on profite des avantages; donc c'est parce que l'on exerce un droit qu'on doit réparer le dommage causé. C'est un syllogisme qui nous semble irréfutable. Au point de vue de l'équité, et nous ne nous plaçons pour le moment qu'à ce seul point de vue, l'exercice du droit nous paraît complètement indifférent dans la question de responsabilité. Tout individu qui agit d'ailleurs exerce un droit, son droit à la libre activité; toutes les facultés particulières, expressément reconnues par la loi, ne sont que des modalités spéciales de ce droit très général. Tout au plus pourrait-on dire que l'activité cesse d'être légitime, quand elle est coupable; mais il ne pourrait s'agir que d'une culpabilité pénale. Toutes les fois qu'il n'y a pas délit criminel, il y avait bien un droit à agir librement, puisqu'on n'aurait pu empêcher l'exercice de ce droit et l'arrivée de l'événement. Dans les rapports de voisinage il y a toujours dommage causé dans l'exercice d'un droit; qui ne protesterait pourtant contre une irresponsabilité absolue?

II

Le principe de la responsabilité dans l'exercice du droit étant posé et justifié au point de vue de l'équité, il nous reste à nous demander s'il est conforme à l'intérêt social,

et s'il ne va pas amener une trop profonde transformation des règles d'utilité générale. C'est ici que les partisans du principe *Neminem lædit qui suo jure utitur*, comptent prendre leur revanche. Pas de responsabilité dans l'exercice d'un droit, disent-ils, parce que justement quand la loi nous reconnaît un droit, c'est pour assurer le libre exercice de notre activé.

Cette règle est tellement bien établie dans les consciences juridiques, une doctrine constante l'a si longtemps présentée et défendue, que l'on semble éprouver comme un regret à l'abandonner, et qu'aucun auteur moderne n'a encore rejeté résolument le principe. C'est ainsi que M. Teisseire, auquel on doit l'étude la plus récente sur les théories modernes de la responsabilité, après avoir admirablement démontré qu'au point de vue de l'équité chacun doit être responsable du dommage causé dans la mesure où il le cause, écrit en étudiant la valeur de son principe au point de vue de l'utilité sociale : « Quant au droit, il est certain qu'il établit une irresponsabilité totale ou partielle. Imposer en effet une réparation pour le pur exercice d'un droit, ce serait en supprimer toute l'utilité et le rendre absolument illusoire. C'est la vérité même exprimée par l'adage : *Neminem lædit qui suo jure utitur.* Mais tout acte qui se réclame de l'exercice d'un droit ne peut fonder l'irresponsabilité. L'interprétation restrictive est de rigueur. Il s'agit donc de déterminer d'une manière précise l'étendue et la manière dont il doit être exercé... Tout revient à savoir quels sont les actes qui constituent le droit et ceux qui l'excèdent... La mesure à conserver peut être délicate... Elle l'est surtout en matière de propriété[1]. »

1. Teisseire, *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité.* Thèse, Aix, 1901, p. 278.

Nous croyons avoir démontré que cette restriction du droit d'après cette limite imprécise ne peut pas être adoptée, et dès lors nous nous trouvons en présence du principe d'irresponsabilité, que l'on présente comme indiscutable au point de vue de l'utilité générale. Si la loi reconnaît des droits individuels, c'est qu'elle veut permettre à un individu de se cantonner dans ces droits pour éviter toute responsabilité.

L'argument juridique se ramène en définitive à l'argument économique des bienfaits de la libre activité. Au point de vue général, dit-on, il faut souhaiter le plus grand développement possible de la propriété de chacun ; il y a une coïncidence forcée entre le développement des intérêts particuliers et de l'intérêt général. Si on admet le principe d'un recours toujours possible, on multiplie les procès. Sans doute il pourrait y avoir des atteintes très graves ; mais la loi a pris des mesures préventives pour les éviter ; c'est donc qu'elle a voulu laisser sous cette garantie libre carrière à l'initiative individuelle. On ajoute ici encore : il y a réciprocité de préjudices, il vaut bien mieux dans un but d'utilité générale supprimer tous ces recours ; et il faut reconnaître que l'argument, bien mauvais quand on se plaçait au point de vue de l'équité, a ici plus de force.

La réponse est pourtant facile et les raisons ne manquent pas.

1° Ici encore, c'est un pur sophisme de dire : chacun supportera les risques qui lui sont causés par un autre, il y a réciprocité d'inconvénients. C'est que justement la réprocité n'existe pas. Un malheureux paysan se plaint de de voir ses cultures dépérir sous les exhalaisons malsaines de l'usine voisine, n'est-ce pas une amère ironie que de

lui dire: construisez-vous aussi une usine; et ferait-on la même réponse à celui qui se plaindrait du voisinage d'une maison de tolérance! La loi de la libre concurrence ne peut pas être un principe juridique, parce que le droit a justement pour objet de régler le conflit des activités.

2° Ce n'est même pas un idéal économique. Il ne peut pas y avoir identité d'exploitation, et il n'est pas à souhaiter que cette similitude s'établisse. Au fur et à mesure que la civilisation augmente, c'est la diversité qui règne de plus en plus, et justement cette accentuation de la diversité amène des conflits de plus en plus fréquents. Or la loi doit protéger toutes les exploitations. Elle prend certaines mesures de précautions contre celles qui lui paraissent dangereuses au point de vue public. Mais ces mesures ne sont pas suffisantes.

Il y a deux moyens possibles : moyen préventif et moyen réparateur, nous ne disons plus répressif, la répression suppose la faute. Le moyen préventif aboutit à l'interdiction absolue de telle ou telle industrie, telle ou telle exploitation rurale; il aboutit à une privation de richesse nationale. Il est donc presque toujours mauvais. On ne peut le recommander que dans un seul cas : quand il est certain que les inconvénients résultant pour tous d'une telle exploitation seraient bien supérieurs aux avantages que le propriétaire pourrait en retirer, c'est-à-dire en définitive que l'intérêt général recueillerait. Or presque toujours au point de vue général les avantages surpassent les inconvénients ; il y a plus de richesse créée que de richesse détruite. L'interdiction est donc un mauvais moyen; elle supprime la libre activité, et introduit des prohibitions que l'on cherche toujours à violer.

Le moyen réparateur aboutit au contraire à laisser à

chacun le libre exercice de son droit, à la condition de réparer les conséquences de cet exercice. Le principe ne détruit donc pas la libre activité. On peut même dire qu'il la développe. Quand on ne peut compter sur aucune réparation, on est en effet tenté de s'adresser aux pouvoirs publics pour demander une interdiction absolue. Au contraire si l'on est sûr d'obtenir une indemnité équivalant au dommage, on sera tout disposé à laisser ses voisins exercer librement leur industrie.

3° On nous objecte encore : ce n'est pas seulement par une interdiction absolue que l'on opprime l'activité ; il y a un autre procédé qui pour être indirect n'en est pas moins tout aussi efficace, c'est de l'écraser sous les charges. Obliger un propriétaire à réparer tous les dommages qu'il cause, c'est le condamner à une perpétuelle inaction, à une abstention des actes qui pourraient être une source de richesse nationale.

L'objection ainsi présentée est trop générale, car de deux choses l'une : ou bien l'exploitation cause plus de dégâts aux voisins qu'elle ne procure d'avantages au propriétaire ; alors évidemment elle sera écrasée sous la charge de la réparation, et l'on sera obligé de l'interrompre ; mais alors ce sera un bien au point de vue social, puisqu'il y avait plus de richesse détruite que de richesse créée ; ou bien au contraire l'exploitation rapporte plus de bénéfices qu'elle ne cause de dommages, et dans ce cas il ne faut pas qu'elle meure évidemment, mais elle ne mourra pas, puisqu'il y aura après le versement des indemnités un excédent de bénéfices.

C'est une première réponse. Ne nous illusionnons pourtant pas trop sur sa valeur. Elle est vraie pour les dommages qui sont la conséquence forcée, certaine et perma-

nente d'une exploitation régulière. Mais il est des accidents qui ne se rattachent pas nécessairement à un aménagement quelconque, et qui peuvent causer des dommages considérables. Ainsi quelqu'un qui fait des fouilles pour chercher de l'eau détermine très involontairement l'écroulement d'une maison voisine; le préjudice est hors de proportion avec l'avantage retiré, et le propriétaire qui exerçait un droit va pourtant être écrasé par les conséquences de ce droit. C'est évidemment regrettable; mais ne le serait-ce pas tout autant si la victime avait à supporter seule les conséquences de l'accident. Contre ces désastres il y a un remède, c'est l'assurance. Il est difficile, mais non pas impossible de combiner des assurances contre les risques de la propriété. Elles existent déjà en très grand nombre contre l'incendie. Ce serait un moyen d'empêcher l'écrasement trop brusque du propriétaire. Dans le cas où ce système ne fonctionne pas, il y a un résultat fâcheux; mais le mal en réalité ne vient pas du recours; il vient de l'accident même. Il n'existe pas moins, si on refuse toute action en responsabilité, seulement ce n'est pas le même individu qui le supporte. Or n'est-il pas juste que ce soit celui qui l'a causé, et puisque le point de vue utilitaire est devenu ici sans valeur, le principe d'équité doit fournir la solution.

Il n'y a donc pas de bien sérieux arguments contre la doctrine de la responsabilité dans l'exercice du droit. Le principe de justice n'a rien que de conforme à l'utilité générale.

Il faut pourtant apporter une restriction; son application peut avoir un inconvénient, c'est justement la multiplication des recours. Au point de vue de l'équité, il serait à désirer que chacun prenne pour lui toutes les con-

séquences de ses actes; or par le jeu naturel des choses ces conséquences retombent sur d'autres; il faut donc un déplacement de responsabilité, un recours de la victime à l'auteur. La multiplicité de ces actions a certainement au point de vue social des inconvénients; il faut éviter autant que possible cette énorme quantité de procès et les frais qu'ils entraînent.

Or, il est des cas dans lesquels il est très facile de les éviter. Ce sont les cas où il y a compensation de préjudices causés et soufferts. Certains dommages se présentent toujours dans les mêmes conditions. Ils sont la conséquence de l'exploitation normale de la propriété, et par suite ils sont réciproques, ou tout au moins ils peuvent toujours devenir réciproques: par exemple le bruit que fait chaque propriétaire dans sa maison, la fumée qui sort de sa cheminée. Il est absolument inutile de tolérer des recours à l'infini.

Il y a donc une limite à la responsabilité, et au point de vue de l'utilité sociale nous arrivons à la même formule qu'au point de vue de l'équité: *est responsable le propriétaire qui n'exerce pas son droit dans les conditions normales.*

Nous préciserons cette formule; mais il était auparavant nécessaire de bien établir le principe, de ruiner cette vieille maxime romaine qui ne s'appuie que sur une séculaire habitude de la citer. La tradition ne remplace pas de bonnes raisons. Il n'y a plus en sa faveur qu'une habitude de l'esprit; il faut savoir se dégager de ces maximes fabriquées de toutes pièces par un jurisconsulte plus ou moins ingénieux, et léguées de génération en génération, et ne pas craindre de proclamer hardiment la responsabilité possible dans l'exercice d'un droit.

La législation a fait assez de progrès depuis quelques années pour que la maxime nouvelle étonne moins. Quand la loi du 8 juin 1895 est venue accorder une indemnité aux victimes des erreurs judiciaires, elle a créé un cas de responsabilité sans faute. On ne peut pas dire que le juge est en faute de s'être trompé : car outre qu'il ne saurait répondre des erreurs inhérentes à la nature humaine, il peut arriver que de nouveaux éléments du procès ne soient découverts qu'après la décision. Pourtant l'État doit une réparation : il la doit justement, parce qu'il a exercé un droit de juridiction et qu'il a causé un dommage en l'exerçant ainsi. Et le droit de l'État est ici tellement exorbitant, que, dès qu'il n'est plus sainement appliqué, il lui fait encourir une énorme responsabilité [1].

La loi du 9 avril 1898 qui introduit le risque professionnel dans les accidents du travail rend responsable des accidents causés par l'entreprise le patron qui l'exerce. Ici encore le patron exerce son droit, droit à la libre activité, droit de faire travailler des ouvriers moyennant un salaire, mais cette activité est une source de bénéfices et de risques : qui supporte les uns doit supporter les autres.

Même inspiration dans la loi du 20 juillet 1899, qui établit ce que l'on a appelé le risque universitaire. L'État est responsable des dommages causés par les élèves des établissements d'instruction. Ici encore il exerce dans un intérêt public un droit exceptionnel, un service public ; il doit répondre de toutes les conséquences.

1. Voy. Larnaude, *Revue pénitentiaire*, 1896, p. 9. — Le Poittevin, *Rapport sur les indemnités en cas d'erreurs judiciaires. Revue pénitentiaire*, 1895, p. 140. — Hauriou, *Les actions en indemnité contre l'État. Revue du droit public*, 1896, II, p. 51 et s.

Mais, sans s'attarder à étudier ces lois, il y a mieux encore. En matière de voisinage, il se présente des situations exceptionnelles dans lesquelles depuis longtemps on admet une responsabilité sans faute. Nous avons laissé ces hypothèses spéciales de côté, nous devons maintenant les reprendre et montrer qu'elles constituent les premières applications de notre principe.

CHAPITRE III

PREMIÈRES APPLICATIONS INCONSCIENTES DE LA RESPONSABILITÉ SANS FAUTE

Le principe nouveau est apparu tout d'abord, dans des cas où l'usage que l'on fait d'une chose est assez caractérisé par lui-même, pour qu'on puisse le déclarer anormal. La responsabilité de l'auteur de l'acte doit s'en suivre nécessairement. On applique, il est vrai, le principe inconsciemment encore, parce que l'on vise la situation spéciale sans se douter qu'une idée plus générale le domine ; mais il y a déjà là une construction assez logique et assez complète, pour nous permettre d'arriver assez facilement ensuite à la détermination d'un principe général.

Ces trois applications présentent ce caractère commun, c'est que l'on ne peut faire librement les actes qui entraînent responsabilité. Il faut toujours une autorisation administrative. Et s'ils constituent bien un exercice du droit de propriété, du moins peut-on affirmer en présence de ces formalités spéciales que ce sont des actes anormaux.

SECTION I

ÉTABLISSEMENTS DANGEREUX, INCOMMODES ET INSALUBRES

La loi du 21 septembre-13 novembre 1791 proclamant la liberté de l'industrie mettait le législateur en face d'un nouveau problème. Sans doute cette liberté est restreinte par les règlements de police qui peuvent être édictés. Mais ces règlements municipaux toujours insuffisants, souvent arbitraires, éternellement variables avec le parti au pouvoir, infiniment divers suivant le bon plaisir des magistrats municipaux, étaient dans leur incertitude plus nuisibles qu'utiles [1].

Autrefois la confusion des pouvoirs administratif et judiciaire dans la main des Parlements permettait une solution commode de tous les conflits. La même autorité ordonnait la réparation du préjudice causé, et prenait des mesures pour en éviter le retour. Si la disposition paraissait pouvoir être généralisée, un arrêt de règlement servait de base pour tous les cas semblables. C'est ainsi que l'on reléguait souvent certaines professions gênantes dans un quartier de la ville [2].

Et d'ailleurs la grande industrie avec ses inconvénients n'existait pour ainsi dire pas. Ce n'est que vers 1810 qu'elle commence à apparaître en France, et les innombrables décrets et ordonnances parus au cours du siècle dernier

1. Dufour, *Droit administratif*, t. II, n° 599, p. 563. — Constant, *Code des établissements industriels*, n° 6, p. 7.

2. Voy. notamment, les arrêts du Parlement de Paris du 15 mai 1706 ; 30 avril 1729 ; 14 août 1731. — Avisse, *Établissements industriels*. Introduction, p. 15.

montrent bien qu'elle se généralise seulement à cette époque. Chaque découverte nouvelle amène une nouvelle installation [1].

L'État ne peut rester indifférent en présence de cette situation. Le Ministre de l'Intérieur, s'adressant à l'Institut en 1809 écrivait : « S'il est juste que chacun puisse exploiter librement son industrie, le gouvernement ne saurait d'un autre côté voir avec indifférence que, pour l'avantage d'un individu, tout un quartier respire un air infect, ou qu'un particulier éprouve des dommages dans sa propriété », et il demandait à la Section des Sciences physiques un rapport sur ces établissements. C'est la genèse du décret du 15 octobre 1810.

Ce décret soumet à la formalité de l'autorisation préalable tous les établissements rentrant dans une des trois classes énumérées par un tableau annexé. Il y a des formalités spéciales : les propriétaires voisins peuvent déposer des réclamations qui sont examinées ; le conseil d'hygiène est dans certains cas consulté. L'établissement ne peut commencer à fonctionner que lorsque l'autorisation est intervenue.

Nous laissons de côté toute cette procédure, les recours dont l'autorisation ou le défaut d'autorisation sont susceptibles : ce sont là des appels au pouvoir supérieur de l'État. Nous nous plaçons en face d'un établissement industriel, dûment autorisé, fonctionnant régulièrement, suivant à

1. Voy. Ordonnances du 29 juillet 1818 ; 25 juin 1823 ; 30 avril 1824 ; 9 février 1825 ; 5 novembre 1826 ; 7 mai 1828 ; 20 septembre 1828 ; 23 septembre 1829 ; 25 mars 1830 ; 31 mai 1833 ; 5 juillet 1834 ; 30 octobre 1836 ; 27 janvier 1837 ; 25 mars 1838 ; 15 avril 1838 ; 27 mai 1838 ; 27 janvier 1846. — Décrets du 19 février 1853 ; 21 mai 1862 ; 24 août 1865 ; 18 avril, 31 décembre 1866 ; 9 février 1867 ; 31 janvier 1872 ; 17 mai 1878 ; 22 avril 1879 ; 26 février 1881 ; 20 juin 1883 ; 20 mai 1885, etc. Cette énumération est démonstrative par elle-même.

la lettre les prescriptions ordonnées par l'administration. Cet établissement n'en cause pas moins de graves dommages aux fonds voisins. Les propriétaires de ces fonds peuvent-ils intenter devant le tribunal civil [1] une action en dommages-intérêts contre cet industriel ?

La question a été controversée ; cette discussion doit nous retenir quelque temps.

I. Que fait l'industriel ? Il use de son droit, il exploite conformément à l'autorisation qui lui a été donnée, il se soumet aux mesures imposées par l'administration ; il n'a commis aucune faute, et par conséquent il ne saurait être responsable. M. Duvergier qui a soutenu cette opinion s'est placé, au point de vue des principes traditionnels, sur un terrain très solide[2]. Il se fonde sur le caractère absolu de l'article 544, il le combine avec cet autre principe non moins absolu de la liberté de l'industrie, proclamée par la loi du 2-17 mai 1791 (art. 7) : « Il est libre à toute personne de faire tel négoce, ou d'exercer telle profession, art ou métier qu'elle trouve bon, mais elle sera tenue... de se conformer aux règlements qui peuvent être faits. » Ici l'industriel se conforme aux règlements ; il jouit donc d'une liberté absolue. Cette théorie a été également soutenue quoique d'une façon moins nette par M. Massé dans la première édition de son *Traité de droit commercial*[3]. Dans la seconde édition il change radicalement d'opinion.

1. La compétence du tribunal civil est certaine et n'a jamais été sérieusement discutée. Jurisprudence constante depuis un arrêt de la Cour de cassation du 3 mai 1827. S. 27.1 345.

2. Duvergier, *De l'étendue du droit de propriété, plus spécialement des droits des propriétaires d'établissements industriels relativement aux propriétaires voisins. Revue étrangère et française de législation et de jurisprudence*, t. X, 1843, p. 425 et s. et 601 et s.

3. Massé, *Traité de droit commercial*, 1re éd., t. II, p. 456, nos 382 à 388. « L'obligation imposée à certains établissements d'être pourvus d'une autori-

Il est évident que ces auteurs se placent sur le terrain des véritables principes du Code civil, et leur théorie en recueille une grande force. L'autorisation administrative ne saurait rien changer à ces principes, car le décret de 1810 ne fut pas rendu pour empêcher les dommages causés aux propriétés, mais dans le but « de protéger l'industrie et les arts contre les préjugés de l'ignorance et de la jalousie ». C'est une tutelle protectrice pour ces établissements. Sans doute il ne faudrait pas exagérer cette idée, et il nous semble y avoir dans les motifs du décret quelque hypocrisie législative ; mais enfin il faut bien tenir compte de cette intention du législateur, puisqu'elle est expressément formulée.

M. Duvergier trouve dans le décret lui-même une confirmation de son opinion. L'article 11 de ce décret prévoit une action en responsabilité possible, mais cet article ne vise que les établissements antérieurs à 1810. « Tous les établissements qui sont aujourd'hui en activité pourront être exploités librement, sauf les dommages dont peuvent être passibles les entrepreneurs de ceux qui préjudicient aux propriétés de leurs voisins ; les dommages seront arbitrés par les tribunaux. » On devine l'argument *a contrario*, et la raison semble excellente : pour les usines et manufactures antérieures à 1810, les voisins avaient été privés de tout recours administratif, ils n'avaient pas eu

sation préalable est une servitude qui grève la propriété industrielle dans l'intérêt de la propriété territoriale ; l'obligation imposée à la propriété territoriale de supporter le voisinage de ces établissements est une servitude qui grève la propriété territoriale dans l'intérêt de la propriété industrielle... Les tribunaux ne pouvaient pas, sans méconnaître les droits de la propriété industrielle, et sans rompre l'équilibre qui doit exister entre tous les genres de propriété, sacrifier l'une au profit de l'autre en la rendant passible de dommages-intérêts à raison des faits *qui en constituent l'exercice licite et les conséquences naturelles.* »

la garantie des mesures préventives, il faut donc leur donner une réparation. Au contraire, pour celles qui sont postérieures à 1810, l'administration a pris les précautions nécessaires pour éviter les conflits ; le système préventif suffit.

M. Duvergier ajoute qu'au point de vue pratique, son système est le meilleur. Si on ne l'adoptait pas, « il n'y aurait rien de fixe ni de certain dans l'exercice du droit de propriété ; personne ne saurait jusqu'à quel point il peut aller, en se servant de ce qui lui appartient ». L'opinion adverse concède bien que l'on ne peut réparer tous les dommages. Mais alors « ce serait donc l'intensité du mal et non sa cause, la gravité du préjudice et non la nature du fait qui l'aurait produit, qui autoriserait à demander la réparation. Est-ce raisonnable ? Il importe au maintien de l'ordre dans la société, à la bonne police, que chacun sache d'avance ce qu'il peut et ce qu'il ne peut pas[1] ».

II. Malgré cette argumentation la presque unanimité de la doctrine n'a pas hésité à admettre une responsabilité possible[2]. C'est un fait extrêmement curieux à constater, pour qui sait que presque tous ces auteurs sont des partisans convaincus de la théorie de la responsabilité délictuelle.

On s'est attaché tout d'abord à ruiner l'argument tiré

1. Duvergier, *loc. cit.*, p. 441.

2. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 3e éd., 1897, p. 608. — Serrigny, *Droit commercial*, 2e éd., t. III, p. 65, n° 1174. — Dufour et Tambour, *Droit administratif*, p. 197, n° 153. — Cormenin, *Questions de droit administratif*, t. II, p. 277. — Constant, *Code des établissements industriels*, nos 217 et s. — Macarel, *Droit administratif*, t. IV, p. 161, n° 17. — Ducroq, *Droit administratif*, t. I, n° 364. — Batbie, *Droit administratif*, t. V, nos 512 et s., — et parmi les civilistes : Huc, t. IV, n° 375. — Aubry et Rau, t. II, § 194, p. 197.— Laurent, t. VI, p. 194. — Demolombe, t. XII, n° 653. — Sourdat, *De la responsabilité*, t. II, n° 1474. — Larombière, *Obligations*, t. VII, p. 544.

de l'autorisation. M. Duvergier disait : il y a autorisation ; donc l'acte est licite. On a voulu chercher un autre sens à l'autorisation : elle ne saurait intervenir que *sous réserve du droit des tiers*. C'est l'idée qu'exprimait déjà la vieille formule royale « sauf notre droit en autres choses, et l'autrui en toutes ». La permission administrative est donnée dans l'intérêt public, intérêt de salubrité ou de sécurité. L'administration ne s'occupe en aucune façon des intérêts privés. L'établissement autorisé peut fonctionner, mais l'industriel pourra être responsable tout comme s'il n'y avait pas eu d'autorisation [1].

Cet argument paraît fondé. On peut concéder que l'autorisation n'a rien ajouté aux droits de l'industriel, rien enlevé aux droits des voisins. Mais la question n'a pas changé de terrain ; car il reste toujours le point d'appui très solide de l'article 544.

Aussi a-t-on essayé de faire découler la responsabilité justement de l'autorisation qui a été donnée. M. Massé déclarait que le voisinage d'un établissement industriel constituait pour les fonds voisins une servitude naturelle [2]. On va retourner cet argument contre lui. « L'autorisation administrative, dit M. Lemarois, a ici une portée toute différente des simples permissions de police, et nous admettons fort bien, avec les partisans de l'opinion qui refuse toute action en dommages-intérêts aux voisins, qu'elle a constitué une véritable servitude au profit des établissements insalubres. Mais ce que nous n'admettons pas, c'est que cette servitude ait été établie, sans qu'aucune indemnité puisse être réclamée pour les préjudices résultant de

1. Batbie, *Droit administratif*, t. V, n° 587. — Hauriou, *Précis*, p. 608. — Dal. *Rép.* V° *Manufactures*, n° 169.

2. Massé, *Droit commercial*, 1re éd., t. II, p. 456, n° 382.

la création et de l'exploitation des ateliers [1]. » Il faudrait pour admettre une pareille solution un texte formel, et rien dans le décret de 1810 ne nous dit que l'autorisation n'est donnée qu'à la condition de réparer les dommages causés. L'administration n'impose pas à l'industriel un semblable engagement, et l'on ne peut par conséquent trouver dans l'acte d'autorisation le principe d'une responsabilité quelconque.

La question doit donc être ramenée sur le terrain des principes généraux, et l'on doit dire alors : l'industriel sera responsable aux termes de l'article 1382 quand il aura commis une faute. M. Hauriou soutient que le seul fait d'exploiter un tel établissement constitue une faute. « Créer un atelier insalubre, dit-il, c'est faire de sa chose un usage prohibé par les règlements [2]. » C'est là un vrai paradoxe, puisque justement il y a eu approbation expresse. Si l'autorisation est insuffisante en elle-même pour exempter l'industriel de toute responsabilité, du moins prouve-t-elle que l'établissement fonctionne en observant les mesures de police qui ont été prescrites et que par conséquent l'industriel n'est pas en faute.

En se plaçant à ce point de vue, M. Duvergier avait raison de conclure : « l'article 544 du Code civil suffit pour résoudre la question [3] » et de déclarer : l'irresponsabilité est une vérité incontestable, « tant que l'article 544 ne sera pas rayé de notre Code [4] ».

III. Il faut se hâter d'ajouter que l'on aboutit ainsi à de

1. Lemarois, *Des ateliers insalubres, dangereux et incommodes.* Thèse de Caen, 1883, n° 136.

2. Hauriou, *Précis*, p. 608.

3. Duvergier, *loc. cit.*, p. 426.

4. Duvergier, *loc. cit.*, p. 439. — *En ce sens* également. Capitant, *op. cit.*, *Revue critique*, 1900, p. 176.

telles conséquences que l'on ne peut pas adopter cette opinion. Au point de vue pratique, on ne doit pas permettre à un industriel de nuire à ses voisins sans réparer le préjudice causé. Sans doute les formalités préalables à toute autorisation permettent d'éviter les conflits les plus graves, mais il en reste beaucoup et de très importants. Aussi la jurisprudence est-elle absolument constante, elle condamne toujours l'industriel [1].

Il y a donc ici une véritable responsabilité sans faute. L'industriel n'a absolument rien à se reprocher. Élargissons la formule de la faute autant que l'on voudra, jamais ses actes ne pourront y rentrer. Les auteurs ne l'essaient même plus. Demolombe se borne à signaler la gravité du dommage comme un motif de réparation [2].

1. Voy. not. dommages causés par des *exhalaisons de gaz nuisibles aux cultures.* Seine, 20 mai 1895. *Mon. jud. de Lyon* du 30 juillet 1895 (infiltration de pétrole). — Nîmes, 30 avril 1895. *Gaz. Pal.* 95.1.604 (fabrique de goudron à proximité d'un vignoble). — Seine, 19 mai 1892. *Le Droit* du 9 juin 1892. — Cassation, 18 novembre 1844. D. 45.1.71. — Cassation, 19 juillet 1826. D. *Rép.* V° *Manufactures,* n° 170-1°. — Cassation, 11 juillet 1826. D. *Rép.* V° *Responsabilité,* n° 250-1°. — Metz, 10 août 1820 et 10 novembre 1808. D. *Rép.* V° *Industrie,* n° 212.

Bruit excessif. Seine, 16 avril 1894. *Gaz. Trib.*, 24 juin 1894. — Dijon, 10 mars 1865. S. 65.2.343. — Cassation, 20 février 1849. S. 49.1.346. — Cassation, 28 février 1848. S. 48.1.311. — Cassation, 27 novembre 1844. S. 44.1.811 et la note. — Douai, 10 janvier 1843. D. 43.2.139. — Douai, 3 février 1841. D. 41.2.246.

Fumées. Paris, 19 avril 1893. S. 93.2.124. — Cassation, 14 juillet 1875. S. 75.1.352. — Cassation, 14 juillet 1845. S. 47.2.538. — Cassation, 27 novembre 1844, précité.

Odeurs. Cassation, 8 juin 1857. S. 58.1.305. — Agen, 7 février 1855. D 55.2.302. — Cassation, 8 mai 1850. D. 54.5.655. — Cassation, 17 juillet 1845. S. 45.1.825. D. 45.1.428. — Cassation, 3 mai 1827. D. *Rép.* V° *Manufactures,* n° 117-1°.

Danger d'incendie. Bordeaux, 29 août 1872. S. 73.2.259.

Corruption d'eaux. Cassation, 21 juin 1887. D. 87.1.391. — Cassation, 11 juin 1877. S. 78.1.209.

2. Demolombe, t. XII, n° 653.

L'industriel a un droit absolu d'exploiter comme il le fait. L'autorisation administrative est une formalité préalable à laquelle il est soumis, mais qui confirme son droit quand elle est remplie. On ne peut donc pas dire que le dommage ait été causé sans droit.

Nous arrivons par conséquent à cette conclusion : il y a un dommage causé par un industriel dans l'exercice de son droit de propriété ; ce dommage, on est unanimement d'accord pour décider que l'industriel doit le réparer. Aucun auteur n'ose avouer qu'il y a là une responsabilité sans faute ; cela cadrerait mal avec leurs théories générales. Pratiquement cette solution s'impose pourtant. La conclusion logique qu'il faut en tirer, c'est la fausseté du principe *Neminem lædit qui suo jure utitur.* Une jurisprudence très ferme et une doctrine presque unanime appliquent inconsciemment depuis longtemps le principe de la responsabilité dans l'exercice du droit.

Les raisons qui militent en faveur de cette idée apparaissaient ici plus clairement que partout ailleurs. De pareils établissements procurent en effet de très gros bénéfices à leurs propriétaires. N'est-il pas juste que ceux-ci en déduisent des indemnités pour les inconvénients qu'ils créent, supportent en un mot les risques de leur industrie ? De plus ces établissements sont très nombreux, les mesures préventives toujours insuffisantes ; une jurisprudence constante a pu s'affirmer.

Cette jurisprudence n'a rien de bien curieux, car nous avons vu que les tribunaux n'ont jamais été arrêtés par l'article 1382. La doctrine au contraire a toujours usé de subterfuges pour dissimuler la violation des principes. Il est très remarquable qu'en matière de dommages causés par des établissements dangereux, incommodes

ou insalubres, elle ait au contraire très carrément affirmé la responsabilité.

Cette situation très favorable pour la victime provient justement du caractère spécial de l'établissement ; il est soumis à la nécessité d'une autorisation administrative, c'est donc bien qu'il constitue un usage anormal de la propriété ; par suite il faut condamner sans hésitation son propriétaire. L'autorisation, qui par elle-même ne peut servir de fondement ni à un principe ni à une exonération de responsabilité, qualifie à merveille l'acte qu'elle permet; elle lui donne un caractère exceptionnel. La permission administrative est exigée pour les établissements qui ne sont pas très répandus, qui présentent de graves dangers, qui offrent en un mot un caractère anormal dans notre état de civilisation. Or la responsabilité du propriétaire dérive toujours de ce qu'il fait de son fonds un usage anormal.

Ce qui le prouve très bien encore, c'est que l'on décide tout aussi unanimement qu'il ne saurait plus être tenu, lorsque le préjudice ne dépasse pas celui que pourrait causer un voisin quelconque[1]. Il n'y a plus en effet dans ce cas un préjudice résultant de l'existence d'un établissement insalubre, mais un dommage usuel, conséquence de l'exploitation normale du fonds.

Les tendances doctrinales offrent donc en cette question de très curieux caractères. Logiquement il n'y a aucune distinction à faire entre les établissements classés

1. Seine, 10 janvier 1895. *La Loi* du 13 avril 1896. — Saint-Étienne, 9 février 1894. *Moniteur jud. de Lyon,* 27 février 1894. — Lyon, 9 février 1884. *Gaz. Palais* 1884.1.664. — Cassation, 25 août 1869. S. 69.1.473. — Cassation, 24 avril 1865. S. 66.1.169. — Metz, 25 août 1863. S. 64.2.57. — Agen, 7 février 1855. D. 55.2.302. — Cassation, 28 février 1848. S. 48.1.311. D. 48.1.122. — Amiens, 18 juillet 1845. S. 45.2.475. — Bordeaux, 15 juillet 1845. S. 47.2.537.

et non classés. Mais il se trouve que pour les premiers, le caractère spécial qui résulte de leur classement a activé la marche de la doctrine, et qu'elle en est arrivée très tôt, inconsciemment mais d'une façon certaine, au principe de la responsabilité légale dans l'exercice du droit.

SECTION II

MINES

Quand une mine a été concédée, elle forme une propriété immobilière distincte de la surface. Il y a superposition de deux propriétés. Normalement, si le droit de propriété ne s'étend pas *usque ad cœlum et inferos,* il va du moins aussi loin que l'intérêt pratique, et par conséquent il doit s'exercer sur les minerais qui sont contenus au sein de la terre, quand leur exploitation est possible. La concession crée au contraire un voisinage en profondeur. Dans cette anomalie de situation, on devine déjà l'application de notre principe.

Le concessionnaire va exploiter la mine : il y est même obligé sous peine de déchéance. Cette exploitation peut causer et causera en fait très fréquemment des dommages. Les galeries creusées trop près de la surface du sol peuvent amener des éboulements de terrains, l'écroulement des constructions qui y sont édifiées ; elles peuvent couper des sources qui jaillissaient soit sur le fonds supérieur, soit sur les fonds voisins. Inversement le propriétaire de la surface peut écraser ou percer les galeries de mines. Enfin les concessionnaires voisins peuvent se causer des préjudices réciproques. Il y a toute

une série de cas très nombreux et très intéressants, sur lesquels nous serons obligés de passer un peu vite. Mais du moins devons-nous préciser les principes qui guident ces solutions d'espèces.

La loi de 1810 nous donne-t-elle une solution, ou bien faut-il appliquer le droit commun, et dans ce cas quel est le droit commun ? Telles sont les questions que nous devons nous poser en étudiant les différents rapports possibles.

I. Rapports entre la mine et la surface. — C'est la situation la plus caractéristique. Il y a superposition immédiate de deux propriétés qui sont toutes deux exploitées. La doctrine et la jurisprudence sont unanimes à décider que chacun des deux intéressés répond des actes accomplis de mauvaise foi et des imprudences graves. Ce sont là les purs principes du Code civil. La rareté pratique de ces hypothèses nous dispense d'insister.

Nous supposons une exploitation régulière, qui n'est animée par aucune mauvaise intention, exempte de toute imprudence ou négligence.

I. Supposons tout d'abord que le propriétaire de la surface endommage la mine. C'est le cas le moins fréquent ; il peut pourtant se présenter. Par exemple, le propriétaire surcharge le toit de la mine en édifiant des constructions considérables et il l'écrase ; ou bien il creuse un puits, rencontre de l'eau, continue à creuser, perce le plafond de la mine et l'inonde. Il y a dommage causé ; pourtant le propriétaire de la surface n'a rien fait que de conforme à son droit ; il a bâti sur son fonds, il y a fait des fouilles, ce sont là des attributs du droit de propriété. Est-il responsable envers le concessionnaire de la mine ?

1° On l'a affirmé, et on en a donné une raison un peu

singulière. « Après la concession, dit M. Rey, la propriété de la surface doit être grevée d'une servitude permanente et perpétuelle, et ne peut plus être qu'une propriété précaire subordonnée à tous les travaux de la mine... La concession de la propriété tréfoncière ne laisse au propriétaire de la surface sur les terrains grevés de la servitude des mines qu'une simple jouissance, le droit de les cultiver et d'en prendre la récolte... Les propriétaires de la surface ne peuvent plus bâtir qu'à leurs risques et périls [1]. » On est bien obligé de reconnaître que la loi du 21 avril 1810 ne contient aucun texte formel restreignant ainsi les droits du propriétaire de la surface ; mais on invoque l'esprit général de la loi et l'on voit dans la redevance payée par le concessionnaire de la mine au propriétaire de la surface la compensation de cette restriction. La loi de 1810 a établi une situation toute particulière, à laquelle on ne peut appliquer les principes de droit commun ; elle a limité par le fait même de la concession les droits du propriétaire foncier, et la redevance représente à la fois le prix d'expropriation du tréfonds, et le prix d'expropriation de ses attributs de propriétaire qu'on lui enlève en grande partie.

Ce système tout divinatoire ne repose sur aucun fondement sérieux. La loi de 1810 ne contient rien de formel et il ne suffit pas d'invoquer l'esprit de la loi, parce que toutes les théories s'en réclament. C'est en vain que l'on essaie de donner un sens particulier à la redevance. Il est déjà difficile de la concevoir comme indemnité d'expropriation du tréfonds ; il est tout à fait impossible d'y voir encore une réparation forfaitaire des dommages futurs ; ce serait une dérisoire indemnité. La redevance payée par les con-

1. Rey, *Commentaire de la loi du* 21 *avril* 1810.

cessionnaires ne dépasse souvent pas dix centimes par hectare, alors que pour un seul hectare, il peut y avoir des dommages de plusieurs milliers de francs. Cela suffit à démontrer l'inapplicabilité d'une pareille théorie ; elle aboutit en définitive à annihiler les droits du propriétaire du sol, qui ne pourrait même plus bâtir ! Pratiquement ce système n'a jamais été pris au sérieux.

2° L'échec de cette théorie a conduit naturellement au système opposé, et l'on a soutenu que le propriétaire de la surface n'a pas à s'occuper de la mine ; il exploitera sa propriété comme il l'entendra, sans se préoccuper des dommages que cette exploitation peut causer dans les entrailles du sol. Ni la loi de 1810, ni le décret de concession ne lui imposent d'obligations particulières. Il doit simplement ne pas violer le domaine de la mine. Ainsi il ne pourrait se servir des galeries de mine pour drainer les eaux nuisibles à ses champs. Mais, quand il agit de bonne foi, qu'il ne commet pas d'imprudence, il use de son droit et ne saurait être tenu d'aucune indemnité.

Ce système serait évidemment logique si l'on s'en tenait rigoureusement aux principes du Code civil. Mais alors on aboutit pratiquement aux plus criantes injustices. Le concessionnaire peut ne plus avoir qu'un droit illusoire, et pourtant il a obtenu la concession d'une propriété. Il ne peut donc pas être tenu de supporter sans réparation tous les dommages.

3° La jurisprudence avait le champ libre en présence du silence de la loi de 1810, et devant les inconvénients pratiques elle n'a plus tenu compte des principes rigoureux de l'article 1382. Les deux principaux arrêts qui ont statué sur la question ont tous deux condamné le propriétaire de la surface. Il s'agissait dans le premier cas d'un

propriétaire exploitant une carrière de sable ; cette carrière étant envahie par les eaux, il fit creuser un puits, et enfonça une galerie de mine qui fut inondée ; il fut condamné [1]. Le second cas est plus caractéristique encore. Une compagnie de chemins de fer avait acquis un fonds pour y percer un tunnel ; les travaux entrepris pour la construction du tunnel causèrent des éboulements dans une galerie de mine voisine. La Cour de Lyon, le 14 juillet 1846, condamna la Compagnie par d'excellents motifs. « Attendu, dit-elle, qu'une *telle œuvre tout exceptionnelle*, qui n'existerait pas à la surface, qui ne *constitue point un usage naturel du sol*, ne peut imposer à la mine dont elle traverse le périmètre des pertes ou des dépenses, qu'elle n'aurait point éprouvées, si le tunnel n'avait pas été construit [2]. »

Ce dernier arrêt précise à merveille la théorie. Si le propriétaire du sol fait un acte normal, par exemple, s'il bâtit une maison qui écrase une mine, pas de responsabilité. S'il fait au contraire un acte exceptionnel, par exemple s'il perce un tunnel, il répond des dommages qu'il cause par cet usage anormal de son droit [3].

Il ne faut donc pas se méprendre sur l'idée directrice de la jurisprudence. Les tribunaux invoquent toujours la loi du 21 avril 1810 ; mais ce n'est pas cette loi qui fonde la responsabilité. La loi crée la situation exceptionnelle : c'est de cette situation que découle la responsabilité.

II. Il arrive infiniment plus souvent que le concessionnaire de la mine endommage gravement la surface. Le cas le plus fréquent est la scission des veines de sources par les galeries de mines, ce qui est pour la mine elle-

1. Angers, 5 mars 1847. S. 47.2.276.
2. Lyon, 14 juillet 1846. S. 47.2.17.
3. *En ce sens*, Féraud-Giraud, *Code des mines et des mineurs*, t. II, n° 649.

même un inconvénient grave, ce qui peut être pour les propriétaires du sol un préjudice considérable. Il peut également arriver qu'il se produise des éboulements du sol, amenant l'écroulement des maisons qui y sont construites.

Dans tous ces cas, si l'exploitation de la mine n'a pas été conduite suivant les règles de l'art, si le concessionnaire n'a pas suivi les ordres de l'administration et les conseils de la prudence, si en un mot il a commis une faute quelconque soit par une violation des règlements administratifs, soit par une négligence grave, tout le monde est d'accord pour admettre sa responsabilité.

Mais des travaux exécutés même avec toutes les précautions voulues peuvent causer des dommages. Il est impossible de savoir, quand on creuse une galerie de mine, si l'on ne va pas rencontrer une veine de source. Supposons qu'il en soit ainsi ; les concessionnaires seront-ils responsables du préjudice qu'ils causent ? Ils se sont pendant très longtemps énergiquement défendus. Ils sont bien obligés de creuser des galeries pour extraire la houille ou les minerais, et si ces fouilles causent des dommages, qu'y peuvent-ils ? On ne peut même pas leur dire : vous n'aviez qu'à ne pas exploiter ; car ils sont obligés d'exploiter sous peine de déchéance, et ils sont pris par suite dans une double alternative également préjudiciable à leurs intérêts.

1° La jurisprudence ne s'est pas arrêtée devant leurs protestations ; elle les déclare responsables des dommages qu'ils causent à la surface. Sans doute il n'y a rien dans le Code civil qui permette une telle solution, et l'article 552 leur semblerait plutôt favorable. Mais la loi du 21 avril 1810 contient le principe de leur responsabilité.

L'article 15 de cette loi est ainsi conçu : « Il (le concessionnaire) doit aussi donner caution de payer toute indemnité en cas d'accidents. » La loi parle d'accidents ; elle ne parle ni de faute, ni d'exploitation irrégulière ; c'est donc qu'elle prévoit une réparation possible pour tous les accidents qui pourront survenir. Si cet article peut dans sa brièveté paraître insuffisant, on peut remarquer qu'il est corroboré par toutes les dispositions relatives aux mines. Ainsi les articles 43 et 44 de la même loi, en ordonnant la réparation au double du dommage causé par l'exercice du droit d'occupation, montrent bien qu'il y a dans tous ces cas une responsabilité extraordinaire.

Cette responsabilité se comprend très bien. Il doit y avoir des règles spéciales. En effet, dit un arrêt, « la constitution artificielle de deux propriétés distinctes, de la superficie et du tréfonds, établit entre l'une et l'autre des rapports nécessaires très différents de ceux qui existent entre deux héritages situés l'un à côté de l'autre, et dès lors aussi des obligations réciproques dont la loi de 1810 a dû tenir compte[1] ». *La loi a dû en tenir compte,* voilà à quoi se réduit en définitive l'argument de texte. Quant à l'argument de raison, il est excellent. On ne voit pas pourquoi par le fait d'une concession forcée, pour laquelle il ne reçoit qu'une indemnité dérisoire, le propriétaire serait obligé de supporter les dommages résultant de l'exploitation des mines. Puisque cette exploitation rapporte d'énormes bénéfices, il est juste que l'on prélève sur ces bénéfices une part pour indemniser des risques les propriétaires de la surface. La loi de 1810, d'après la jurisprudence, établit une véritable responsabilité légale.

1. Cass. Req., 8 juin 1869. S. 69.1.413. — Cf. la même formule dans Cassation, 27 janvier 1885. S. 86.1.61.

2° En réalité la loi de 1810 ne contient aucun principe de responsabilité et ne donne aucune solution. L'article 15 est une disposition toute exceptionnelle ; il décide qu'une caution doit être donnée pour garantir le paiement des indemnités futures ; mais il ne fixe nullement les cas dans lesquels il y aura responsabilité. Les articles 44 et 45 prévoient des dommages d'une nature spéciale ; ils en fixent la réparation ; ils ne posent aucun principe général. On dit que la constitution des deux propriétés superposées est artificielle ; en réalité elle est anormale, exceptionnelle, mais non artificielle. Car il n'y a rien de plus artificiel dans la division des fonds en profondeur que dans leur division en étendue ; tous les fonds sont séparés par une ligne idéale, donc artificielle. Il faut donc s'en référer au droit commun.

Le principe de droit commun, c'est, dit-on, que celui qui exploite régulièrement ne doit pas d'indemnité. Bien loin de contredire ce principe, la loi de 1810 semble en donner une confirmation. On invoque encore une fois cette fameuse redevance, qui serait le prix une fois versé de tous les dommages qui pourraient survenir ultérieurement[1].

1. On invoque aussi la loi du 27 juillet 1880 qui a modifié l'article 50 de la loi du 21 avril 1810 (Sirey, *Lois annotées*, 1881, p. 56). Cette loi décide que, si les travaux d'exploitation de la mine sont de nature à compromettre la conservation des eaux minérales ou l'usage des sources qui alimentent des villes, villages, hameaux ou établissements publics, il y sera pourvu par le préfet, qui pourra interdire les travaux. C'est donc que d'après le droit commun, on peut librement les détourner, et si on a le droit de le faire on ne doit aucune indemnité. Les concessionnaires de mines pouvaient invoquer ici la jurisprudence constante refusant toute indemnité au propriétaire, dont la source a été tarie par les fouilles de son voisin.

On ne peut en réalité tirer de la législation aucun argument en faveur de l'irresponsabilité. La loi du 27 juillet 1880 s'occupe uniquement des mesures à prendre pour la conservation des eaux ayant une grande valeur ou une utilité

En réalité, il est certain que la redevance versée par le concessionnaire de la mine au propriétaire de la surface ne représente nullement la réparation des dommages qui peuvent avoir été causés à ce dernier [1]. « La redevance, disait le conseiller Duplan, a pour objet suivant l'article 6 de la loi de 1810, la part réservée au propriétaire dans les mines concédées. Mais autre chose est l'indemnité résultant des travaux. La loi avait une base pour fixer la redevance, c'est le produit de la mine ; mais elle n'en avait point et ne pouvait en avoir pour apprécier les dommages causés par les travaux toujours variables suivant leur étendue, les accidents du terrain et la localité. »

3° Il faut donc en revenir au droit commun. La loi de 1810 ne fournit dans aucun sens ni solution, ni argument, et nous nous trouvons en présence de rapports entre deux propriétés voisines, tels qu'ils peuvent se produire, que les propriétés soient contiguës en étendue ou en profondeur [2]. Les concessionnaires avaient-ils donc raison de dire : quand nous exploitons régulièrement sans dol ni faute, nous ne saurions être responsables.

On ne peut l'admettre pratiquement. La jurisprudence est unanime en sens contraire et la doctrine la soutient énergiquement [3]. Mais alors n'est-il pas vrai qu'il y a là,

publique. Elle ne s'occupe nullement de responsabilité, et quels que soient les principes admis sur ce point, elle était nécessaire. Elle organise en effet un régime préventif, et il fallait pour cela un texte formel ; mais c'est son seul but.

1. *Contrà,* Lyon, 31 juillet 1822. *Rec. de Lyon,* 1831, p. 169. — Lyon, 14 janvier 1823. D. 33.2.49. — Lyon, 17 juillet 1829. *Rec. de Lyon,* 1831, p. 182. — La Cour de Lyon est ensuite revenue sur cette jurisprudence, et la Cour de cassation a confirmé les nouvelles décisions. Cassation, 4 janvier 1841. D. 41.1.65. — Cassation, 3 février 1857. D. 57.1.193.

2. Jacomy, *Essai sur la législation des mines,* p. 236.

3. *En ce sens,* Féraud-Giraud, *Code des Mines et des Mineurs,* t. II, n° 626. — Bréchignac et Michel, *Résumé de la doctrine et de la jurisprudence en*

mal voilée par un essai d'explication tirée d'une loi spéciale, une responsabilité sans faute ? La pratique a été évidemment impressionnée par la disproportion entre les plaideurs. Les Compagnies de mines sont riches et puissantes ; elles plaident contre de petits propriétaires que leur exploitation peut ruiner. Il est juste qu'elles déduisent de leurs bénéfices de quoi les indemniser. Les tribunaux décident notamment que le concessionnaire est responsable des affaissements du sol, ayant amené la rupture des bourneaux pour la conduite des eaux ou du gaz [1], des éboulements [2], de l'asséchement des sources qui jaillissaient à la surface [3].

La Cour de Liège s'est flattée d'adopter des principes plus juridiques, et elle n'a pas voulu condamner le concessionnaire. « Attendu, dit-elle, que l'appelant n'a pu commettre une faute en faisant un travail régulier et indispensable pour atteindre le but de sa concession ; — Attendu d'autre part... que le propriétaire d'un fonds... ne peut se plaindre de la privation de l'avantage purement éventuel que les sources lui procurent, lorsqu'elles sont détournées de leurs cours avant d'être parvenues sur

matière de mines, n° 158. — Biot, *De la propriété des mines*, p. 284. — *Contrà*, Aguillon, *Législation des mines*, n°s 378 et s., p. 318 et s. et *Dommages causés à la propriété superficiaire par les travaux des mines. Annales des Mines*, 1897, t. VIII, p. 161 et s.

1. Lyon, 20 mai 1852. S. 53.2.277. — Cassation, 16 novembre 1852. D. 53.1. 756. Ce n'était pas le propriétaire du sol, mais ses ayants cause qui se plaignaient du préjudice. Cette circonstance ne modifie en rien la question.

2. Liège, 20 juin 1890. *Rev. de lég. des mines*, 1891, p. 251. — Cassation, 21 juillet 1885. D. 86.1.336. — Cass. Req., 17 juin 1857. S. 57.1.639. — Cass. Req., 3 février 1857. S. 57.1.469. — Dijon, 21 août 1856. S. 56.2.218.

3. Cassation, 27 janvier 1885. S. 86.1.61. — Cassation, 8 juin 1869. S. 69.1. 413. — Grenoble, 20 mai 1861. S. 61.1.252. — Nîmes, 16 janvier 1861. S. 61 2. 249. — Cassation, 20 juillet 1842. S. 42.1.963. — Cassation, 4 janvier 1841. S. 41.1.325.

son fonds, ou lorsque après y être arrivées la couche imperméable qui les y faisait séjourner vient à disparaître dans le fonds voisin [1], » et la Cour cite les textes connus du Digeste sur la possibilité de détourner les eaux de sources [2].

Cette dernière justification est pour nous la meilleure condamnation. Vouloir appliquer les principes du droit romain à une situation nouvelle, n'est-ce pas risquer de laisser sans réparation les plus graves préjudices. C'est pour cela que la jurisprudence et la doctrine ont abandonné la règle traditionnelle [3]. Elles l'ont fait beaucoup plus facilement pour cette question, parce qu'il y a là une situation tellement particulière qu'elle sollicite une solution toute spéciale. C'est bien au fond la pensée de la jurisprudence, quand elle fait remarquer qu'il y a une constitution artificielle de deux propriétés superposées. Il y a un voisinage anormal, une situation exceptionnelle. On est exposé à voir son fonds bouleversé parce que quelqu'un le mine par-dessous. Sans doute le concessionnaire peut ne commettre aucune faute, mais il n'en doit pas moins être responsable par le seul fait de son exploitation qui sort des usages courants de la propriété [4]. « La loi du

1. Liège, 10 janvier 1867. S. 69.1.413 en note. — Voy. aussi dans le même sens Saint-Étienne, 15 mars 1890. *Rev. de lég. des mines*, 1891, p. 42. Mais dans l'hypothèse où ce dernier arrêt statue, c'était les travaux de la mine qui avaient fait jaillir la source, des travaux postérieurs l'avaient fait disparaître. Équitablement il n'était pas dû de réparation. Mais au point de vue des principes cette solution est un peu difficile à justifier. Le propriétaire de la surface invoquait la prescription, il n'en avait même pas besoin pour justifier sa propriété.

2 Dig. XXXIX, 2, 21.

3. Féraud-Giraud, *op. cit.*, t. II, p. 55. — Dalloz, *Propriété des mines*, t. I, p. 411.

4. Labbé, *Note au Sirey*, 1872.1.353. — Gény, *Étude de jurisprudence minière. Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1897, p. 151.

21 avril 1810, écrit M. Gény, en séparant la propriété minière de celle du sol, a constitué un régime *sui generis*, celui de deux propriétés en contact et par superposition, ayant chacune à les prendre isolément la plénitude de ses attributs, mais se trouvant par le rapprochement nécessaire de leurs objets asservies l'une envers l'autre à des obligations de voisinage beaucoup plus complexes que celles qui existent entre fonds simplement juxtaposés... Mais pour être distinctes de celles que consacre le droit commun de propriété foncière, ces obligations réciproques entre le tréfonds et la superficie n'en ont pas moins la même nature juridique [1]... »

La situation anormale des deux propriétés a permis seulement d'apercevoir plus vite le vrai principe de responsabilité.

II. Rapports entre propriétés voisines. — L'exploitation d'une mine peut causer des dommages aux propriétés qui ne sont pas situées directement au-dessus de la mine. La réciproque se comprendrait difficilement. On conçoit aussi qu'un préjudice soit causé par une mine à une mine voisine. Ce sont deux hypothèses à étudier.

I. Le cas le plus fréquent est celui où le concessionnaire de la mine coupe les veines d'une source qui allait jaillir sur un fonds voisin. Est-il responsable ? On ne peut faire

1. Gény, *loc. cit.*, p. 153. L'auteur continue. « Et l'on peut dire exactement que la loi du 21 avril 1810 a établi de la mine à la surface une situation de servitude légale rentrant dans la formule générale de l'art. 651. C'est donc par suite d'un véritable statut de propriété que la mine se trouve astreinte indépendamment de toute faute du concessionnaire à laisser intacte la destination naturelle de la surface. » Ces derniers mots peuvent faire supposer : 1° qu'il y a dans la loi de 1810 une disposition spéciale sur ce point, ce qui n'est pas exact ; 2° que la surface n'est astreinte à rien vis-à-vis de la mine, ce qui est également inexact — Cf. une note du même auteur. Pand. franç., 1900.1.337.

découler sa responsabilité de la loi de 1810, c'est une démonstration sur laquelle nous ne revenons pas. Il faut donc appliquer le droit commun.

Or de droit commun celui qui coupe les veines d'une source ne saurait être responsable envers le propriétaire de cette source. Cette théorie a été abandonnée quand il s'agit de rapports entre concessionnaire et superficiaire. Ici au contraire la majorité de la jurisprudence, et notamment la Cour de cassation, se prononce en faveur de l'irresponsabilité. La question s'est posée en pratique d'une façon très favorable aux concessionnaires. La Compagnie des mines de Rochebelle avait acquis la propriété des terrains de la surface ; elle coupa les sources qui jaillissaient dans les propriétés voisines. Le tribunal d'Alais le 19 mars 1870 rejeta les demandes formées contre elle. L'article 552, dit le tribunal, établit pour le propriétaire le droit absolu de faire des fouilles à la profondeur qu'il veut; la Compagnie était propriétaire du sol, elle pouvait donc faire les fouilles à son gré. Sur appel, la Cour de Nîmes le 2 août 1871 confirma le jugement. Elle fait remarquer que sa qualité de concessionnaire ne peut rendre plus mauvaise sa qualité de propriétaire qui l'autoriserait à faire des fouilles à la profondeur qu'il voudrait. La Cour de cassation, dans un arrêt de rejet de la Chambre des requêtes du 12 août 1872, déclare que « la mine forme une propriété soumise au droit commun », qu'il n'y a plus dans cette hypothèse une superposition de deux immeubles pouvant justifier une dérogation aux principes, et elle proclame l'irresponsabilité du concessionnaire [1]. Les Cours d'appel suivirent cette doctrine [2]; et quand les procès

1. Cass. Req., 12 août 1872. S. 72.1.353. Note de M. Labbé.
2. Nîmes, 14 janvier 1873. S. 74.2.129. Note de M. Labbé.

se présentèrent entre des concessionnaires non propriétaires de la surface et des propriétaires voisins, la solution ne faisait plus de doute en jurisprudence [1].

Ces arrêts soulevèrent une très légitime émotion dans les pays miniers. C'était la ruine de l'agriculture par le tarissement possible des sources, ruine sans indemnité ni compensation, alors qu'on voyait les Compagnies de mines retirer de leurs exploitations d'énormes bénéfices. La jurisprudence a bien aperçu les graves inconvénients pratiques qu'entraînait sa théorie, et elle semble ne l'admettre qu'avec regret. La Cour de Nîmes déclare: « Si l'intérêt de la propriété agricole réclame qu'il soit fait exception en cette matière au droit commun, il appartient au législateur d'y pourvoir, ou même à l'État d'imposer à ceux à qui il a accordé une concession certaines garanties en faveur des propriétaires [2], » et la Cour de Riom : « S'il est vrai cependant que cette exploitation a généralement plus d'inconvénients que celle d'une terre pour les propriétés qui l'environnent, s'il y avait une lacune à ce sujet dans la législation, il n'appartiendrait qu'aux pouvoirs publics de la combler [3]. »

Cette lacune certaine, certains tribunaux ont essayé de la combler eux-mêmes. Mais ils ont éprouvé le besoin de se retrancher derrière des dispositions spéciales. L'article 15 de la loi de 1810 a été de nouveau invoqué ; on a ressuscité quelques phrases de Napoléon au cours de la discussion, et on a essayé de construire un système bâtard, d'après lequel on répondrait tout au moins des

1. Riom, 21 février 1881. S. 82.2.15. — Nîmes, 27 février 1878. S. 78.2.267.
2. Nîmes, 14 janvier 1873, précité.
3. Riom, 21 février 1881, précité.

dommages causés aux voisins immédiats [1]. En Belgique l'arrêté royal du 5 juillet 1849 porte que « les concessionnaires de mines disposeront et coordonneront leurs travaux, de manière à ne pas nuire aux habitations et aux eaux utiles des surfaces ». S'appuyant sur une disposition aussi vague la Cour de Cassation belge avait cru pouvoir en faire découler une responsabilité pour les dommages causés aux voisins immédiats [2]. Mais elle est revenue sur cette opinion qui semble aujourd'hui abandonnée [3].

En jurisprudence c'est donc la thèse de l'irresponsabilité qui triomphe. Nous croyons bien que la difficulté de la preuve et l'étendue possible des dommages sont pour quelque chose dans cette solution. Les conséquences du percement d'une galerie peuvent se faire sentir à des kilomètres de distance, et dans un pays où les mines sont nombreuses, il peut être difficile de discerner le véritable auteur du dommage. Des procès vexatoires sont à craindre ; pour y couper court on repousse toute action [4].

Quels que soient les motifs qui aient inspiré la jurisprudence, il faut se dégager de toute question de preuve

1. Motifs d'un arrêt de la Cour de cassation belge, 11 avril 1885. S. 86.4.23 et Cassation, 27 janvier 1885. D. 85.1.297. S. 86.1.61.

2. Cassation belge, 30 mai 1872. S. 74.2.131. — Dans les colonies françaises on a eu l'idée de faire dériver la responsabilité de l'acte de concession, en imposant cette obligation au concessionnaire. Voy. le décret du 20 juillet 1897 (*Officiel* du 27) sur le régime minier à Madagascar, art. 29. « L'exploitant d'une mine est tenu de réparer le dommage occasionné à la surface par les travaux de la mine. » Voy. également les décrets du 25 février 1897 pour les mines de l'Annam et du Tonkin, et du 22 juillet 1883, art. 36 pour les mines de la Nouvelle-Calédonie (Duvergier, *Collection des Lois*, 1883, p. 253.)

3. Cassation belge, 11 avril 1885. S. 86.4.23. — Voy. aussi Liège, 11 janvier 1867. S. 69.1.415 en note.

4. C'est ce qui explique que l'on ait plus facilement reconnu la responsabilité du concessionnaire quand le préjudice est causé aux voisins immédiats. *En ce sens,* Cassation, 27 janvier 1885. D. 85.1.297. S. 86.1.61.

et se placer sur le terrain des principes. La loi de 1810 ne nous fournit aucune solution, et c'est dans le droit commun qu'il faut la chercher. La question nous apparaît alors, suivant l'expression de M. Labbé, « comme un immense problème[1] ». Il s'agit en définitive de savoir si le seul fait d'exploiter une mine peut être pour le concessionnaire une source de responsabilité.

Pourquoi faire une différence entre les dommages causés directement à la surface et ceux qui sont causés aux fonds avoisinants? « La propriété de la mine et de la surface, dit fort bien M. Labbé, sont aussi indépendantes l'une de l'autre qu'elles soient ou non directement superposées », et il en conclut très judicieusement que si l'article 1382 ne doit pas s'appliquer dans la première hypothèse, il n'y a aucune raison pour l'appliquer dans la seconde.

Nous croyons très fermement que le concessionnaire doit être responsable dans les deux cas. La vérité a été bien près d'être reconnue par l'arrêt de la Cour de Cassation belge du 30 mai 1872[2]. Après avoir invoqué à tort la loi de 1810, la Cour déclare que la responsabilité du concessionnaire « est conforme à l'équité et commandée par la nature des choses, puisqu'il est impossible d'assimiler les relations entre les mines et la propriété de la surface aux rapports qui existent entre héritages contigus..., qu'il n'est pas possible de comparer le propriétaire qui creuse un puits dans sa maison, et l'extracteur qui, poussant ses galeries en tous sens... occupe et épuise toutes les veines alimentaires des sources de la

1. Labbé, *Note au Sirey*, 1872.1.353.

2. Cass. belge, 30 mai 1872. S. 74.2.129. D. 74.2.241 et 11 avril 1885. D. 85.2.275.

surface ». Et si l'on ne peut plus trouver ici le fondement de la responsabilité dans la situation particulière des propriétés, du moins peut-on le trouver dans la nature particulière des travaux effectués. Ces travaux entraînent pour les propriétaires les plus graves dangers. M. Labbé signale l'émotion que causa dans le monde des agriculteurs l'arrêt de la Chambre des Requêtes de 1872. Certains pays ont senti la nécessité d'une protection spéciale. Ainsi la loi prussienne du 24 juin 1865 (art. 148), la loi bavaroise du 20 mars 1869 (art. 151) obligent les concessionnaires de mines à réparer le dommage causé. Dans ces pays on a très bien senti les raisons qui militent en faveur de la responsabilité.

Ces raisons, M. Rau les résumait très fortement dans le rapport qu'il présentait à la Chambre des Requêtes à propos de l'arrêt du 12 août 1872. « Il me paraît évident, disait-il, que les travaux nécessaires à l'exploitation d'une mine ne sauraient être assimilés aux actes de jouissance et d'exploitation d'une propriété ordinaire. Ces actes, restreints à des fonds dont l'étendue est souvent peu considérable, s'exercent en vertu des facultés légales inhérentes au droit de propriété et réciproques entre les voisins. Au contraire les travaux souterrains d'une mine qui s'étendent à tout le périmètre de la concession et qui peuvent arriver à des profondeurs, auxquelles n'atteindront pas *l'exploitation du fonds dans des conditions ordinaires*, ne peuvent s'exercer qu'en vertu d'une concession. D'un autre côté l'exploitation d'une mine est *une entreprise, une spéculation industrielle,* pratiquée sur une vaste échelle et toute différente de la mise en rapport ou de l'exploitation des fonds de terre. Il paraît impossible à raison de ces différences essentielles d'appliquer aux

effets dommageables que peut avoir pour les propriétés voisines l'exploitation d'une mine les mêmes règles qui régissent le dommage résultant pour le propriétaire de fouilles pratiquées par son voisin... [1] » La Cour de Cassation ne crût pas devoir suivre son rapporteur. Son arrêt fut vivement critiqué par la doctrine [2], et la majorité des auteurs donnent une règle unique de responsabilité [3]... Il faut enfin signaler deux jugements du tribunal de Saint-Étienne qui ne se sont pas ralliés au système de la Cour de Cassation et qui ont maintenu avec raison le principe de la responsabilité [4]. Un arrêt tout récent de la Cour de Dijon statue dans le même sens [5]. Le motif qui les guide paraît très juste. Ils ont créé pour cette question toute spéciale une responsabilité fondée sur le caractère exceptionnel des travaux entrepris sur le fonds.

II. Chaque mine a un périmètre déterminé par le droit de concession. Il peut arriver que plusieurs concessions soient accordées sur le même territoire, et il y aura alors un voisinage spécial de propriétés tréfoncières. La plupart du temps, le décret de concession fixant à la fois l'étendue du périmètre et les conditions d'exploitation, le dommage causé par une mine à la mine voisine résultera d'une faute du concessionnaire, et celui-ci devra naturellement le réparer.

1. Rau, *Rapport pour l'arrêt du 12 août* 1872. S. 72.1.356.

2. Labbé, *Note au Sirey*, 1872.1.356. — Paradan, *Revue critique*, 1873, p. 321.

3. Demolombe et Carrel, *Consultation*, Extraits au Sirey, 1874.2.130. — Féraud-Giraud, *Code des mines*, t. II, p. 73. — Lyon-Caen, *Cours de législation industrielle sur les mines*, 1873-1874. — Capitant, *Revue critique*, 1900, p. 43. — Naudier, *Propriété des mines*, p. 253. — Bury, *Traité de la législation des mines en France et en Belgique*, 2e éd., 1887, t. I, n° 676.

4. Saint-Étienne, 30 juin 1884. *Ann. des Mines*, 1885, t. IV, p. 261. — 30 mai 1894, *Revue de lég. des mines Delacroix*, 1894, p. 245. — Voy. aussi Nancy, 7 décembre 1895. Pand. franç., 98.2.241. Note de M. Gény.

5. Dijon, 21 avril 1902, *Gaz. Palais*, 3 juin 1902.

Il peut arriver pourtant que le dommage résulte de la bonne exploitation d'une mine. C'est notamment ce qui se produit pour les eaux qui s'écoulent d'une mine dans l'autre. L'article 45 de la loi du 21 avril 1810 a prévu cette hypothèse [1]. Cet article déclare les concessionnaires responsables, lorsque les eaux ont envahi la mine voisine par suite des travaux qu'ils auraient exécutés, et qu'un préjudice en résulte pour le voisin. Faut-il en outre supposer une faute commise par le concessionnaire? L'article 45 établit-il une règle spéciale, ou bien n'est-ce qu'un rappel de l'article 1382?

On argumente dans le premier sens des termes même de l'article. Il ne vise, dit-on, que deux conditions, le préjudice causé et les travaux effectués, et il déclare qu' « il y a lieu à indemnité ». On fait remarquer en outre que cette responsabilité de plein droit se comprend très bien ici. La mine retire en effet un grand avantage de l'écoulement des eaux; elle se sert de la mine voisine comme de galerie d'épuisement, il est bien juste par suite qu'elle paie une indemnité pour le préjudice qu'elle cause [2].

On déclare en sens contraire que l'article 45 n'est qu'un rappel des principes généraux du droit, et en particulier de l'article 1382. S'il en était autrement ce serait la seule disposition spéciale relative à la responsabilité dans la loi de 1810, ce qui est inadmissible [3].

1. Delacroix, *Étude sur l'article 45 de la loi de 1810. Rev. de législation des mines,* 1892, p. 257.

2. Bruxelles, 28 juin 1890. — Mons, 29 janvier 1886. *Rev. de lég. des mines,* 1892, p. 30. — Liège, 22 janvier 1885. D. 85.2.270. — Liège, 31 décembre 1884. D. 85.2.268. — Gand, 1er mai 1865. Pas. belge, 67.2.125. — Bruxelles, 3 mai 1855. Pas. belge, 56.2.23. — Liège, 12 juillet 1855. Pas. belge, 56.2. 106. — Cassation belge, 17 juin 1854. Pas. belge, 54.1.292. — *En ce sens,* Féraud-Giraud, *op. cit.*, t. II, p. 103.

3. Dufour, *Loi des mines*, n° 118.

Quoi qu'il en soit de cette controverse, ce qui est certain c'est que l'article 45 n'est relatif qu'aux dommages causés par l'écoulement des eaux[1]. Pour tous les autres dommages la jurisprudence applique le principe de droit commun et exige la preuve de la faute. Par exemple quand l'incendie s'est communiqué d'une mine à l'autre, on condamne le concessionnaire de la mine où le feu a pris, s'il a négligé d'enlever les matières sulfureuses, violant aussi une obligation qui lui est formellement imposée. Mais s'il n'a commis aucune imprudence, il ne doit pas être condamné[2].

Nous retombons en effet ici dans une situation normale. Il y a voisinage de deux propriétés de même nature, soumises à la même exploitation, pouvant réciproquement se causer des dommages, entre lesquelles existe par conséquent un certain équilibre naturel qui ne sera rompu que par une faute de l'un d'entre eux. C'est en quelque sorte la contre-épreuve de la théorie. Quand les propriétés sont toutes deux soumises à un régime exceptionnel, mais identique, on ne voit pas pourquoi il y aurait responsabilité pour les actes ordinaires que comporte l'exploitation de ces propriétés.

Il y a donc déjà depuis longtemps en matière de mines une très curieuse application du principe de la responsabilité sans faute. Ici encore la situation était caractéristique. On s'est retranché pendant quelque temps derrière la loi spéciale. En réalité la loi de 1810 n'apportait aucune dérogation aux principes ordinaires de la responsabilité, mais elle créait une situation exceptionnelle, et c'est de cette situation que naissait la responsabilité. Chose cu-

1. Cassation, 11 juin 1883. S. 84.1.81.
2. Féraud-Giraud, *op. cit.*, t. II, n° 673, p. 98.

rieuse, sur cette question la doctrine a été plus hardie que la jurisprudence ; elle ne s'est pas très bien aperçue des rapports que pouvait avoir cette question avec les grands principes de notre droit civil, et elle a formulé des solutions absolument équitables, mais qui détruisent sans qu'on l'ait vu clairement, le prétendu principe de l'irresponsabilité dans l'exercice du droit. C'est encore une application inconsciente de notre théorie.

SECTION III

TRAVAUX PUBLICS

La jurisprudence administrative présente les mêmes tendances que la jurisprudence civile, mais plus accentuées encore. Il y a des conflits de voisinage très fréquents qui résultent de l'exécution des travaux publics, et en cette matière le Conseil d'État a construit une très originale théorie de la responsabilité sans faute, fondée absolument sur les idées que nous avons exposées.

On a bien souvent remarqué que les progrès de la jurisprudence administrative ont été sur beaucoup de points plus rapides que ceux de la jurisprudence civile. Il y a à cela plusieurs raisons :

1° Le Code civil ne s'applique pas en principe aux matières administratives, il ne règle que les rapports entre personnes privées. Il n'y a donc pas quand il s'agit de rapports entre un individu et la puissance publique de corps de doctrine très général pouvant imposer une ligne de direction. C'est ce que rappelait M. Le Vavasseur de Précourt dans ses conclusions célèbres sur l'affaire Cham-

boredon. « Les dispositions du Code civil, disait-il, ne s'appliquent pas *ipso facto* en matière de dommages causés par les travaux publics et spécialement par les travaux de chemins de fer... Le Code civil est avant tout et exclusivement le Code du droit privé [1]. » Le Conseil d'État peut donc construire une théorie en dehors de toute loi positive. Elle l'édifiera nécessairement sur l'équité et sur l'intérêt public et comme ce sont les deux idées qui nous ont servi à dégager notre principe de responsabilité, il n'y a rien d'étonnant à ce que nous arrivions à la même solution.

2° Les motifs qui nous l'ont fait adopter apparaissent d'ailleurs très clairement et avec une singulière face devant les tribunaux administratifs. C'est en effet une personne de puissance publique qui plaide contre une personne privée. Il y a entre les parties une énorme disproportion de forces, et cette disproportion même doit amener la condamnation de la puissance publique. Elle use en effet de procédés que tout autre ne pourrait employer ; elle cause des dommages, qu'elle ne sera jamais exposée à subir ; elle dispose de capitaux immenses, de moyens d'action très puissants. Jetée dans la balance des intérêts privés, cette force énorme en détruit l'équilibre. Elle doit le rétablir.

Il faut ajouter que l'on conçoit très bien que cette puissance publique supporte les risques de l'entreprise qu'elle crée. Elle représente en effet l'intérêt public ; par exemple l'État représente l'ensemble des citoyens. Tous vont profiter du travail qui est entrepris ; par conséquent l'État en profitera, il doit donc en supporter les risques, c'est-à-

1. Le Vavasseur de Précourt, *Conclusions devant le Conseil d'État.* S. 1885.3.25.

dire indemniser les propriétaires lésés au moyen des fonds qu'ils possèdent et qui sont fournis par l'ensemble des citoyens. On ne comprendrait pas que tous les citoyens profitent d'une œuvre qui nuirait gravement à l'un d'entre eux, et que ce dernier ne reçoive aucune indemnité.

Aussi décide-t-on unanimement que « le seul fait à établir en justice sera ici le préjudice et le dommage [1] », et que la faute est devenue indifférente [2].

I

En jurisprudence la question s'est posée surtout à propos du préjudice occasionné par le détournement des eaux et la construction des chemins de fer.

Détournement des sources. — Sous le second Empire il y eut en France de grands travaux publics entrepris par les communes pour rechercher des sources et en amener les eaux à l'intérieur des villes; ces travaux avaient une utilité publique incontestable, mais ils n'en causaient pas moins un grave préjudice aux riverains des cours d'eau ainsi asséchés. Ces propriétaires lésés actionnèrent les villes en dommages-intérêts.

Le Conseil d'État saisi des demandes en indemnités constata la matérialité du dommage, mais il se demanda ensuite si ce dommage avait été causé sans droit, et si les riverains avaient un droit sur les eaux. En principe celui

1. Hauriou, *Précis de droit administratif*, p. 767 et s.

2. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, t. II, p. 156. — Hauriou, *Les actions en indemnité contre l'État. Revue du droit public et de la science politique*, t. VI, p. 51-65. *Note au Sirey* sur l'arrêt Rolampont. Conseil d'État, 5 mars 1893 S. 95.3.1. — Le Vavasseur de Précourt, *Conclusions au Conseil d'État* sur l'arrêt Chamboredon, 11 mai 1883. S. 85.3.25. — Perriquet, *Traité des travaux publics*, t. II, nos 889 et s. — Christophle, *Discours sur les travaux publics*, 1888.

qui détourne ou coupe une source ne doit aucune indemnité aux voisins lésés ; mais il peut se faire que ces voisins aient sur les eaux un droit formel acquis par titre ou prescription. C'est le seul point à examiner, il n'est pas de la compétence du Conseil d'État, et en 1864 le Conseil décida qu'il fallait surseoir à statuer tant que les tribunaux civils n'auraient pas eux-mêmes décidé si les riverains avaient ou non droit à l'usage des eaux [1].

En pratique il était extrêmement rare que les riverains aient un pareil droit. Il n'y aura presque jamais de titre, et quant à la prescription elle est soumise à des conditions très rigoureuses. Il faut en effet qu'il y ait des travaux apparents [2], et en second lieu que ces travaux aient été faits sur le fonds supérieur [3], ce qui rend très difficile sinon impossible une acquisition de droits, quand on n'est pas voisin immédiat. Les tribunaux civils étaient bien forcés de constater l'absence de droit, et le Conseil d'État refusait alors aux riverains toute indemnité.

Pourtant que d'inconvénients n'entraînait pas cette solution ? Voilà une commune qui va retirer de ces eaux une utilité certaine, alors que ces mêmes travaux causeront un préjudice considérable à quelques-uns de ses habitants. C'est l'enrichissement de tous au détriment de quelques-uns. On dit : la commune ne fait rien de plus que ne ferait un propriétaire quelconque. « Le sophisme est évident, répond M. Hauriou, l'article 641 du Code civil

1. Conseil d'État, 10 mai 1864 (Commune de Salmagne). — 9 février 1865 (Commune de Nevers). Recueil des arrêts, 1865, p. 175.

2. Planiol, *Précis*, t. I, n° 1940.

3. Cassation, 10 juillet 1857. D. 57.2.182. — Cassation, 4 mars 1885. D. 86.1.34. — Cassation, 5 juillet 1893. D. 93.1.595. L'ancienne controverse qui s'était élevée sur l'article 642 a été tranchée en ce sens par la loi du 8 avril 1898.

est fait pour les usages courants de la propriété, d'après lesquels tôt ou tard un cours d'eau est rendu à sa pente naturelle dans le vallon, tandis qu'ici il sera complètement détourné [1]. » Sophisme évident encore, parce que la commune accomplit ici des travaux répondant à des besoins spéciaux, et par cela même nécessitant et employant des moyens d'action spéciaux.

Le Conseil d'État s'aperçut de la justesse de ces réclamations. Il tourna la difficulté. Les communes avaient besoin pour entreprendre ces travaux d'une déclaration d'utilité publique. Dès 1866 le Conseil d'État impose comme condition de l'avis favorable l'obligation pour les villes d'indemniser les riverains [2]. Cet engagement conditionnel est une base très ferme pour toute réclamation d'indemnité postérieure et la clause n'en laisse pas moins subsister compétence de la juridiction administrative [3]. Par un procédé renouvelé du préteur romain, le Conseil d'État faisait prendre aux communes un engagement qui lui permettait de les condamner plus tard, si elles refusaient de s'exécuter.

Les villes s'ingénièrent à déjouer cette mesure, et elles trouvèrent un moyen. Il fallait pouvoir se passer d'autorisation. C'était bien simple: elles achetèrent les sources à l'amiable et prétendirent user de leurs eaux librement comme tout propriétaire peut le faire. Le Conseil d'État, saisi des réclamations des riverains, modifia alors complè-

1. Hauriou, *Précis*, p. 768, note 1.

2. Avis des 7 et 20 mars 1868 pour Autun, du 4 juin 1873 pour Pithiviers, du 29 novembre 1881 pour Rive-de-Gier.

3. On avait soutenu, en s'appuyant sur le caractère contractuel de l'engagement des communes, que les tribunaux civils étaient compétents pour connaître de ces contestations. En réalité il s'agissait toujours de dommages causés par les travaux publics, et le Conseil de préfecture restait compétent.

tement la solution qu'il avait donnée en 1864. On assiste à « une révolution complète de jurisprudence avec cette étape curieuse des clauses conventionnelles d'indemnité, qui, de même que dans notre ancien droit les clauses de dessaisine-saisie avaient habitué les esprits à l'effet translatif de la vente, les ont habitués à se voir indemniser [1] ». Le Conseil d'État se déclare compétent et condamne les communes. C'est notamment ce qu'il a décidé le 5 mai 1893, dans le procès célèbre qui fut intenté à la commune de Rolampont [2].

Ainsi par étapes successives, la jurisprudence administrative en est arrivée à édicter une véritable responsabilité sans faute dans le cas de travaux publics. Or on décide que, pour reconnaître à des travaux le caractère de travaux publics, point n'est besoin d'une déclaration préalable : il suffit qu'il y ait un travail accompli par une personne administrative en vue d'un service public, et nous arrivons alors à cette formule donnée par M. Hauriou et qui concorde parfaitement avec notre formule générale. « Dès que l'opération accomplie dépasse les usages courants de la propriété, l'administration doit indemnité pour les dommages [3]. »

Construction des chemins de fer. — Même décision pour ces travaux, et c'est surtout en cette matière que les dommages causés aux propriétés voisines sont nombreux. Il faut pour construire une voie ferrée une série de travaux, correspondant à un but tout spécial : établir une ligne plane la plus droite possible. Pour cela il est nécessaire de bouleverser le sol ; les tranchées ouvertes peu-

1. Hauriou, *Note au Sirey*, 1895.3.1, col. 3.
2. Conseil d'État, 5 mai 1893. S. 95.3.1.
3. Hauriou, *Précis*, p. 768, note 1.

vent produire des éboulements ; les tunnels percés coupent les veines de sources ; les remblais enlèvent toute vue aux maisons devant lesquelles ils sont construits. Les tribunaux administratifs ont toujours accordé une indemnité aux voisins, sans que l'on ait pu relever aucune faute ni imprudence dans l'exécution des travaux[1]. Il s'agit en effet de travaux prévus par les lois du 28 pluviôse an VIII et du 16 septembre 1807, et qui dépassent l'usage normal de la propriété[2].

II

D'une façon plus générale si nous nous demandons dans quels cas il y a lieu à indemnité pour un dommage causé par l'exécution des travaux publics, il faut faire une distinction. Cette distinction repose sur le caractère des travaux. Si ce sont des travaux que pouvait faire un particulier quelconque, il ne saurait y avoir réparation. Il y a lieu au contraire à indemnité, s'ils sortent de l'usage normal de la propriété.

C'est tout simplement cette idée qu'exprime la jurisprudence administrative, quand elle exige pour accorder une indemnité que le dommage soit spécial et direct.

1° *Le dommage doit être spécial.* — M. Hauriou précise ainsi ce premier caractère. Le dommage doit être spécial, « c'est-à-dire résulter de travaux qui dépassent par leurs proportions ceux qui sont dans les usages courants de la propriété[3] ». Aussi il y a dommage spécial quand des

1. Conseil d'État, 8 août 1885, 4 décembre 1885, 21 avril 1893.

2. Brun, *Des dommages causés par l'exécution des travaux publics de chemins de fer.* Thèse, Paris, 1898.

3. Hauriou, *Précis*, p. 767.

sources ont été coupées par des travaux publics. La question a été résolue, le 11 mai 1883, par un arrêt célèbre du Conseil d'État, connu sous le nom d'arrêt Chamboredon[1]. Un tunnel pratiqué par la Compagnie Paris-Lyon-Méditerranée avait coupé la source qui allait jaillir dans la propriété de M. Chamboredon. Le Conseil de préfecture de l'Ardèche alloua à ce dernier l'indemnité qu'il réclamait. Le Conseil d'État statuant par défaut annula l'arrêté qui lui avait été déféré par la Compagnie; car il était alors de jurisprudence constante qu'il n'y avait pas lieu dans ce cas à indemnité[2], et l'on appliquait purement et simplement l'article 552 du Code civil. L'affaire revint sur opposition, et, après des conclusions remarquables de M. Le Vavasseur de Précourt, l'arrêt définitif intervint, approuvant l'arrêté du Conseil de préfecture et modifiant par suite la jurisprudence antérieure. Le commissaire du gouvernement avait très bien posé la question. Parlant de la jurisprudence antérieure, il disait : « Nous croyons qu'il n'y a là que des dispositions de fait, et que les premiers arrêts ont été à tort rédigés en droit. Les dispositions du Code civil ne s'appliquent pas *ipso facto* aux dommages causés par les travaux publics, et spécialement par les travaux de chemins de fer. Elles ne peuvent recevoir leur application que lorsque ces travaux n'excèdent pas par leur nature et leur importance ceux que le Code a pu prévoir comme conséquence des relations ordinaires du voisinage entre propriétés privées. » Or tous les arrêts précédents avaient été rendus dans des cas où des sources avaient été coupées par de simples tranchées. « Il nous paraît certain, disait

1. Conseil d'État, 11 mai 1883. S. 85.3.25.

2. Voy. notamment en ce sens, Conseil d'État, 14 décembre 1877. D. 78.3.62. — 16 mars 1870. D. 71.3.28. — 18 août 1866. *Rec. de Lebon*, 1866, p. 672.

M. Le Vavasseur, que le percement d'un tunnel de près d'un kilomètre de longueur n'est pas un des travaux qui rentrent dans les formes ordinaires des rapports entre voisins. »

2° *Le dommage doit être direct.* — Il nous semble que ce second caractère n'est également qu'une conséquence de notre principe. Mais ceci est plus discutable et a besoin d'être démontré. La loi du 28 pluviôse an VIII ne contient nulle part l'expression de dommage direct ; c'est la jurisprudence du Conseil d'État qui l'a créée. Que signifie cette expression ?

Il ne faut pas exiger un dommage matériel, par exemple un éboulement de terrain ; ce n'est pas indispensable. On déclare qu'un dommage est direct quand il est la conséquence immédiate et non pas éloignée du fait de l'administration, c'est-à-dire quand l'acte de l'administration a été la *cause* et non l'*occasion* du dommage[1]. Par exemple une usine est située près d'une gare, elle en retire un avantage pour ses expéditions ; on transporte cette gare plus loin ; c'est en vain que le propriétaire de l'usine prétendrait agir ; on ne lui doit point d'indemnité. En effet le déplacement de la gare par le fait de l'administration n'est pas la cause, mais l'occasion du dommage.

Ainsi formulé, on a semblé rattacher ce principe au principe plus général du Code civil déclarant que l'on répond des conséquences directes de sa faute, mais non des conséquences éloignées [2]. Faisons disparaître le mot faute qui n'est plus employé en notre matière, et nous dirons : on ne répond pas des conséquences éloignées de ses actes. Cette explication ne nous paraît pas bonne. Tout d'abord

1. Conseil d'État, 11 mai 1854, 10 décembre 1857, 9 juin 1876.
2. Planiol, *Précis*, t. II, nos 260 et 261.

il est bien difficile de savoir où s'arrêtent les conséquences directes et où commencent les conséquences éloignées d'un acte. Dans l'immense chaîne de causalité qui relie tous les faits d'activité humaine, chaque chaînon est directement relié au chaînon précédent, et il n'y a aucun point d'arrêt. En second lieu, en admettant cette distinction encore que bien imprécise, nous pouvons facilement trouver des cas où les conséquences dommageables directes d'un acte de l'administration ne seront pas réparées. Pour reprendre l'exemple même que nous donnions, le dommage est bien causé directement par le transfert de la gare ; aucune autre cause n'influe sur le préjudice, et pourtant il ne sera pas réparé.

On a proposé une autre raison : on a dit que l'usinier n'est privé que d'un simple avantage par suite du transfert de la gare. C'est la résurrection d'une théorie que nous avons déjà rencontrée et réfutée, qui distingue entre l'atteinte à un droit et la simple privation d'un avantage. Nous ne nous attarderons pas sur cette explication. Il y a ici la meilleure des réfutations ; elle est formellement condamnée par la jurisprudence qu'elle prétend expliquer. Priver un propriétaire de la vue dont il jouissait, c'est le priver évidemment d'un simple avantage. Or une Compagnie de chemins de fer ayant construit un pont devant une maison à la hauteur d'un second étage, par arrêt du 10 décembre 1857, le Conseil d'État a décidé qu' « en privant la maison de jour et d'air, on lui cause un dommage direct et matériel », et il a condamné la Compagnie.

Faut-il dire alors par analogie qu'une Compagnie de chemins de fer répond du préjudice causé par le transfert d'une gare. Ce serait contraire à toute justice. Ce n'est pas au point de vue du préjudice qu'il faut se placer, mais au

point de vue de la normalité de l'acte qui le cause. Si la Compagnie ou l'administration usent de leurs droits, comme les particuliers n'en pourraient pas user, il y a responsabilité ; voilà pourquoi le Conseil d'État déclare qu'il y a préjudice direct dans le fait de bâtir un pont en face des fenêtres d'une maison. Au contraire, si l'administration ne fait qu'user d'un droit normal, elle ne doit pas réparer le préjudice qu'elle cause, encore que ce soit un préjudice spécial en ce que seule elle pouvait le causer.

Ainsi une gare de chemins de fer est une source d'inconvénients pour les maisons voisines, bruits, trépidations, sifflets, fumées des locomotives, etc. La Compagnie sera condamnée à réparer ces dommages, car un particulier n'aurait pu ainsi établir une gare et les causer ; il y a préjudice spécial et direct. Mais d'un autre côté le voisinage de la gare présente des avantages pour les usines établies à proximité ; supposons qu'on transfère la gare, elles ne pourront pas se plaindre : il y a bien encore préjudice spécial, puisque c'est un droit exclusif de la Compagnie, mais il n'y a pas préjudice direct en ce sens que l'on peut toujours ne plus user d'un droit dont on usait auparavant. Si l'exploitation d'une gare était un fait anormal, exceptionnel, pouvant servir de fondement à une responsabilité, on ne voit pas comment la cessation de l'exploitation pourrait être un fait anormal. La Compagnie rentre dans le droit commun ; elle ne saurait plus encourir de responsabilité.

Il est donc inutile en définitive de parler de dommage direct. Quand on dit qu'il faut un dommage spécial, l'idée complète est à peu près exprimée. Mais il est arrivé souvent que l'on a pris les mots dommage spécial dans le sens de dommages causés par les travaux publics, et alors

il a fallu forger l'expression de dommage direct, pour exiger que l'acte ait un caractère anormal : car causer directement un préjudice, c'est le causer par un acte exceptionnel.

Donc ici encore et depuis très longtemps, sans que l'on ait songé à rapprocher ces solutions de celles du droit civil, on reconnaissait une théorie complète de la responsabilité sans faute, fondée sur l'obligation de réparer les dommages causés dans l'exercice d'un droit, quand cet exercice sort des conditions normales de l'activité humaine.

CHAPITRE IV

FORMULE GÉNÉRALE DE LA RESPONSABILITÉ DU PROPRIÉTAIRE

SECTION I

CRÉATION DE LA FORMULE

Dans les différentes matières que nous avons examinées, on a connu une responsabilité pour exercice anormal du droit, sans que l'on ait d'ailleurs clairement vu le principe et senti son importance théorique. Ce qui a rendu possible et facile l'application de la théorie dans tous ces cas, c'est qu'ils sont parfaitement définis et caractérisés, soustraits à l'application du Code civil, ou tout au moins soumis à des formalités spéciales. Tous se caractérisent par l'énorme disproportion qui existe entre les intéressés, disproportion qui enlève tout espoir de réciprocité, qui détermine clairement la cause du dommage, qui rend équitablement nécessaire une réparation.

Laissant de côté maintenant ces situations spéciales, nous devons nous placer dans le droit commun, c'est-à-dire en face de deux propriétaires, personnes privées, dont l'une aménage son fonds de telle sorte que l'autre en

éprouve quelque dommage. Le principe et la formule de la responsabilité ne doivent pas changer. Nous avons établi qu'il peut y avoir responsabilité dans l'exercice d'un droit, quand on n'exerce pas ce droit dans des conditions normales. Il nous faut maintenant préciser cette formule et pour cela montrer tout d'abord qu'elle n'est que l'aboutissant de toutes les tendances modernes de notre jurisprudence et de notre doctrine, et que d'autres nations l'ont déjà partiellement adoptée.

I. La jurisprudence. — Quand la jurisprudence, constatant le dol ou la faute, en fait découler la responsabilité du propriétaire aux termes de l'article 1382, rien n'est plus juste puisque cet article est fondé sur une idée de responsabilité subjective. Mais quand elle ne peut découvrir aucune faute, et que, proclamant un principe qu'elle n'applique pas, elle prononce une condamnation; il faut bien reconnaître qu'elle admet une responsabilité sans faute. On dit alors que le propriétaire abuse de son droit, mais qu'est-ce qu'abuser de son droit, sinon en faire un usage que les autres n'en font pas, usage qui est légitime sans doute, parce qu'il correspond au but pour lequel a été établi le droit de propriété, que l'on ne peut par conséquent pas interdire, mais qui entraîne pour le propriétaire certains risques dont il doit répondre. La jurisprudence est unanime à décider qu'une responsabilité est encourue. « Au fond, dit M. Capitant, cela revient à décider que le propriétaire est responsable du risque qui résulte pour le voisin de l'industrie ou du métier qu'il exerce. Or qui dit risque dit dommage qu'on ne peut éviter. Une interprétation de l'article 1382 qui aboutit à ce résultat nous paraît de tout point insoutenable [1]. » C'est

1. Capitant, *Obligations de voisinage, Revue critique*, 1900, p. 234.

également mon avis. La jurisprudence a certainement abandonné l'article 1382. Elle s'en défend, il est vrai, car elle n'avoue jamais rompre avec les principes ; la Cour de Cassation professe assez le pharisianisme des formules : elle s'inquiète plus du principe proclamé que des prétendues déductions que l'on en tire. Les tribunaux lui ont fait facilement cette concession ; sous le couvert du principe proclamé ils adoptent les solutions qu'ils jugent justes. La Cour de cassation constate que le principe est respecté et refuse de casser. Qu'on lise avec soin tous les arrêts de cassation, il sera bien rare que l'on n'y trouve pas le motif suivant : « Attendu que le tribunal, loin de violer l'article 1382, l'a au contraire proclamé. »

L'interprète a le droit de soulever ce voile, et, allant au cœur même des solutions données, de voir le principe qui s'en dégage. Les tribunaux ne condamnent pas toutes les fois qu'il y a préjudice causé par un acte du propriétaire ; car dans certains cas ils déclarent qu'il y a eu exercice légitime d'un droit. Or il y a exercice légitime du droit, quand on ne sort pas des conditions normales d'exploitation de son fonds. Ils condamnent au contraire quand il y a eu acte exceptionnel : or il est toujours exceptionnel d'exploiter une industrie, un théâtre, d'avoir une maison de tolérance, de garder une chasse regorgeant de gibier ; dans tous ces cas il y aura condamnation du propriétaire.

Les principes ont été obligés de se modifier, parce que les situations auxquelles ils s'appliquent se sont modifiées elles-mêmes. L'entreprise s'est agrandie, ses caractères ont changé. « La théorie des fautes, dit M. Hauriou correspond à un état social et à des modes d'activité que le droit romain avait parfaitemen caractérisés sous le nom

d'activité du *pater familias*. Un individu est chef d'une exploitation assez restreinte pour qu'il puisse en surveiller par lui-même tous les détails ; l'exploitation n'excède pas les forces de son activité, de sa *diligentia ;* dans ces conditions il est naturel que sa responsabilité soit appréciée d'après le maximum de diligence qu'un homme est capable d'apporter à une affaire et qu'elle soit encourue par la faute la plus légère... Il est évident que la théorie de la faute est incompatible avec la grande entreprise ; cette théorie repose en effet sur la présomption du *pater familias,* c'est-à-dire de l'homme qui surveille avec la plus grande diligence tous les détails d'une exploitation, qui d'ailleurs est minime [1]. » L'activité du *pater familias* était alors l'activité normale ; elle n'a plus aujourd'hui le même caractère.

II. La doctrine. — Chaque système proposé par la doctrine, chaque effort tenté pour élargir la responsabilité du propriétaire est un pas fait vers l'avènement de notre théorie, qui, elle, est aussi large que possible, puisqu'elle reconnaît que l'on peut être responsable même quand on exerce un droit. C'est dire qu'aucun droit ne peut avoir un caractère strictement individualiste, et si, au point de vue de celui qui l'exerce, il tend à lui conférer le maximum d'utilité et de jouissance possible, au point de vue de ceux contre lesquels il est exercé, il doit être resteint de manière à ne leur causer aucun dommage. Or toutes les théories que nous avons examinées aboutissent en définitive à ce résultat : développer le côté altruiste du droit, restreindre sa tendance égoïste.

Les uns se sont servis d'une formule qui permet de

1. Hauriou, *Note au Sirey,* 1900.3.1.

distinguer suivant la nature du dommage ; les autres ont créé une obligation spéciale qui pèserait sur la propriété ; tous ont abandonné le point de vue purement subjectif ; ils ne se placent plus au point de vue de la conduite individuelle de l'auteur, mais au point de vue de sa conduite sociale.

Nous ne prétendons pas faire autre chose, et nous présentons notre formule de responsabilité comme l'aboutissement normal de toutes les théories, dégagées enfin des multiples liens qui les retiennent encore aux principes du Code civil.

La persistance de ces souvenirs de la responsabilité délictuelle est très visible encore dans le système que propose *M. Lévy*[1]. Il s'est très bien soustrait à l'influence du principe traditionnel *Neminem lædit qui suo jure utitur*. « Ce principe, dit-il, est devenu tout à fait compromettant quand on s'est trouvé en présence de délits causés au moyen précisément de droits définis, de libertés réglementées, droit de propriété, droit d'ester en justice, etc... Alors il a semblé qu'il ne pouvait y avoir responsabilité, et ainsi plus nous aurions de droits, et moins nous serions responsables, moins aussi nous aurions de devoirs ». Mais on ne peut pas dire que toutes les fois qu'il y a exercice du droit, il y a responsabilité, il faut chercher une formule, et trouver un critérium, et M. Lévy nous dit : « Il y a atteinte au droit simplement parce qu'il y a faute ».

L'auteur va-t-il donc en revenir à l'antique conception de la responsabilité délictuelle du *paterfamilias* ? Évidemment non, et il établit sa formule de la faute

1. Lévy, *Responsabilité et contrat. Revue critique*, 1899, p. 361 à 398.

en ces deux propositions : « 1° les autres sont responsables envers nous dans la mesure où nous avons besoin d'avoir confiance en eux pour agir ; 2° dans la mesure où pour agir nous avons besoin d'avoir confiance en nous-mêmes, nous ne sommes pas responsables envers autrui », et M. Lévy éclaire ces formules qui, je le crains bien, ont été faites dans un but d'harmonie, et sans que la seconde ajoute grand'chose à la première. « Le rapport d'où naît la responsabilité est un rapport de confiance nécessaire ; l'obligation qui la crée est une obligation qui crée la confiance, et lorsque cette obligation est inexécutée, lorsqu'il y a confiance légitime trompée, il y a faute. »

Nous ne pouvons discuter ici toutes les idées de M. Lévy[1], d'autant plus qu'il veut établir un principe très général de responsabilité, et que notre ambition est infiniment moins haute. Nous essayons simplement de marquer sa place dans l'évolution de la doctrine. Il se rattache encore à la théorie de la faute ; il est toujours partisan d'une recherche subjective d'intention. Mais il ne se place plus au point de vue de l'auteur, mais au point de vue de la victime ; elle aura droit à réparation lorsque pouvant s'attendre légitimement à ne pas être lésée, elle l'a été. Mais quand devait-elle avoir cette croyance légitime ? L'auteur ne le dit pas : faut-il en conclure que c'est lorsqu'elle aura eu une conduite exempte de reproches. C'est nous ramener après un détour bien inutile à la doctrine du Code civil. Ainsi dans son idée principale la théorie reste vague, sans critérium certain, gênée par des souvenirs classiques dont elle n'a pu complètement se débarrasser.

1. Voy. une critique de la théorie de M. Lévy par M. Teisseire, *thèse citée*, p. 106.

Mais ici éclate ce que nous croyons être la véritable pensée de l'auteur, il parle d'une *confiance nécessaire*; peut-on concevoir un pareil sentiment, est-ce bien le mot confiance qu'il faut placer là? N'est-ce pas plutôt que le propriétaire sera responsable, parce qu'il est de justice nécessaire qu'il ne nuise pas à autrui? Cette justice chacun en porte en soi-même le sentiment. « En réalité, dit M. Lévy, nous ne voyons pas cette confiance. » Nous ne la voyons pas, parce que ce n'est pas la confiance d'un seul, auteur ou victime, c'est une confiance que tout le monde aurait eue, une confiance objective, pourrait-on dire, si ces deux mots ne juraient pas ensemble. L'auteur nous fournit lui-même dans une petite phrase une conclusion qui est pour nous tout un principe. « C'est donc en définitive, dit-il, le *milieu lui-même*, *la société* avec ses lois telles qu'elle est amenée à se les représenter qui fait la responsabilité. »

Nous devons signaler aussi la théorie de *M. Van den Bossche*, chargé de cours à l'Université de Gand[1]. L'auteur se déclare fermement attaché aux principes de la responsabilité délictuelle, c'est la concession faite au passé, et voici maintenant que, conscient des nécessités présentes, il reconnaît la fausseté de l'adage *Neminem lædit qui suo jure utitur*, et proclame qu'il y a faute à ne pas faire de son droit un usage normal. Or pour savoir si l'acte est normal, il faut examiner s'il remplit ces deux conditions : 1° il faut d'abord qu'il soit dicté par un but raisonnable, c'est l'élément subjectif, le maintien partiel de la théorie

1. Van den Bossche, *Des limitations imposées par les relations de voisinage à l'exercice du droit de propriété sur les immeubles. La Flandre judiciaire du 3 avril* 1901, p. 209 et s. Gand. Nous n'avons pu nous procurer cet article que nous citons d'après la courte analyse donnée par M. Vercesco. *Thèse citée*, p. 87.

de la faute ; et 2° il ne doit pas entraîner pour le propriétaire voisin une somme d'inconvénients plus considérable que celle à laquelle, étant données les circonstances de temps et de lieu, le voisin devait s'attendre : c'est presque la « confiance nécessaire » de M. Lévy.

Ces théories nous servent de transition pour passer de la responsabilité délictuelle à la responsabilité légale, et voici maintenant des auteurs, qui ont eu la vision très nette d'un nouveau fondement de la responsabilité, et qui ont contribué à en préciser la formule.

Nous retrouvons *M. Hauriou.* Les causes qui ont donné à la jurisprudence administrative une grande largeur de vues ont influencé également les auteurs qui s'en sont occupés. M. Hauriou étudiant l'arrêt Rolampont signalait une distinction qui était appelée à jouer un rôle immense : « Cette distinction est celle des travaux qui par leur importance supposent la puissance publique et de ceux qui auraient pu être faits par un particulier. Ces derniers rentrent dans les inconvénients de voisinage prévus par le Code civil et ne donnent lieu à aucune indemnité ; les premiers y donnent droit parce qu'ils sont *exorbitants,* et que *le droit privé ne pouvait pas les prévoir*[1] », et deux ans après, le savant auteur, se rappelant ce passage dans une étude générale des dommages administratifs, s'élevait aisément de cette question particulière à un remarquable aperçu du principe général ; il écrivait : « On peut se demander si cette jurisprudence administrative si intéressante sur les *travaux qui dépassent le droit commun de la propriété* n'exercera pas à la longue une légitime influence sur la jurisprudence civile, et si même entre particuliers

1. Hauriou, *Note au Sirey,* 1895.3.1.

on n'arrivera pas à distinguer des *inconvénients ordinaires* du voisinage *les travaux ou usages exceptionnels*, et à voir dans ceux-ci en certains cas un dommage justifiant une indemnité ; cette jurisprudence civile est déjà établie à propos des inconvénients de voisinage des établissements insalubres ; elle pourrait bien s'établir aussi à propos des grandes chasses réservées et à propos de certains usages de ce qu'on pourrait appeler la grande propriété [1]. » C'est sous une forme modeste et un peu hésitante un aperçu très profond d'une théorie véritablement nouvelle.

Dès 1872 *M. Labbé* avait encore mieux montré le vrai chemin à suivre. Lui aussi part d'une question bien spéciale ; la responsabilité des concessionnaires de mines ; il constate que cette responsabilité ne peut trouver aucun appui dans la loi de 1810 ; elle dérive donc du droit commun, et il en arrive à préciser ce droit commun dans quelques lignes que nous tenons à citer. « Les propriétaires des terrains contigus aux voisins ont le droit de faire des fouilles, de creuser des puits, et de chercher à faire jaillir des veines d'eau, et ils ne doivent aucune indemnité quel que soit le tort causé aux voisins, parce que ces actes sont *conformes à la destination naturelle des choses, au mode naturel d'exploitation du sol.* Mais si le propriétaire d'un terrain vient en abaisser le niveau, s'il lui plaît d'exploiter par enlèvement les couches supérieures et de se mettre en contrebas des terres voisines, il doit par des murailles ou des talus soutenir les terres de ses voisins. Il ne peut pas leur dire : soutenez-vous vous-même, construisez des renforts, je reste chez moi, dans les limites de mon champ, je suis libre de choisir le nivel-

1. Hauriou, *Précis de droit administratif*, 3e éd., 1897, p. 768, note 1.

lement qui me convient. Pourquoi cela ? pourquoi cette solution universellement admise ? parce que le propriétaire change la *configuration naturelle et normale du sol.* L'état naturel du sol engendre une sorte d'*aménagement normal* entre les propriétés. Celui qui s'en écarte et cause un dommage *même sans sa faute* doit le réparer... On voit par là que même en droit commun *une indemnité peut être due par celui qui a usé d'un droit* [1]. » Voilà vraiment un remarquable aperçu qui dort depuis trente ans sans que l'on ait songé à le mettre à sa vraie place, car enfin il y a trente ans un auteur avait en France posé clairement la question et donné d'un mot la solution. Malheureusement ces lignes sont enchâssées dans une très longue note sur une question spéciale. Nous avons tenu à les dégager et à les mettre en pleine lumière. Nous nous flattons de reprendre simplement les idées de M. Labbé. Notre théorie y perdra peut-être en originalité ; mais elle y gagnera de s'abriter derrière un éminent défenseur.

L'article récent de M. Capitant marque plutôt un recul dans la doctrine. Malgré tout son mérite, l'auteur n'a pas compris la véritable originalité de cette note de M. Labbé, qu'il cite du reste. Il n'a pas cru devoir continuer son œuvre. Dans une étude logique de la doctrine il occupe une place antérieure.

En Allemagne, il y a eu sur la question une étude remarquable que nous avons souvent citée, à laquelle nous devons beaucoup, et dont nous devons maintenant parler, c'est l'étude d'*Ihering* [2]. Si nous avions

1. Labbé, *Note au Sirey*, 1872.1.354.

2. Ihering, *Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigenthümers im Interesse der Nachbarn*, 1862, dans les *Jahrbücher für die Dogmatik des römischen und deutschen Privatrechts*, vol. 6. Traduit par de Meulenaëre

suivi l'ordre chronologique dans cette revue de la doctrine, nous aurions dû le placer en tête, car son œuvre date de 1862 ; mais nous essayons de montrer l'évolution logique de la doctrine. Or, c'est l'étude la plus générale qui ait été publiée sur le sujet. La traduction française datant seulement de 1893, il n'est pas étonnant qu'Ihering n'ait pas eu une influence plus considérable sur la doctrine française. Il est vrai qu'il y a quelque confusion dans cet article ; la discussion des textes romains l'embarrasse quelque peu et ne laisse pas que d'étrangler parfois le développement. Mais à chaque instant jaillissent les aperçus les plus profonds, les idées les plus pénétrantes, et l'on n'a pas assez rendu à cette œuvre l'hommage qu'elle méritait. M. Capitant la cite, mais sans s'y arrêter longuement, et dans une thèse toute récente M. Bosc se méprend complètement sur les idées d'Ihering[1]. Et pourtant, ce grand esprit, qui ne pouvait étudier une question sans l'élargir, avait bien vu le premier l'immensité du problème. Son article est de ceux qui font penser.

Il part d'un cas tout particulier. A Francfort-sur-Oder une fabrique de sucres était établie près d'un rucher ; les abeilles infestaient cette fabrique ; l'industriel demande

sous le titre : *Des Restrictions imposées aux propriétaires dans l'intérêt des voisins* dans les *Œuvres choisies* 1893, t. II, p. 101.

1. Bosc, *Essai sur les éléments constitutifs du délit civil.* Thèse Montpellier, 1901, p. 98. M. Bosc attribue à Ihering une théorie qui n'est pas du tout la sienne et que nous avons appelée théorie de l'*immissio* corporelle. Ihering l'étudie bien, mais il la réfute. Nous ne nions pas que l'on puisse trouver dans cet article le point de départ de systèmes différents, mais il faut voir le fond de son idée. M. Bosc ne l'a pas vu, et nous ne pouvons pas souscrire du tout au jugement sévère qu'il porte : « Ihering, dit-il, a été leurré cette fois par les souvenirs du droit romain ; il a construit une théorie interessante comme toutes les créations de son puissant esprit, mais qui ne vaut pas qu'on s'y arrête plus longtemps (p. 98) ». Si M. Bosc s'y était arrêté plus longuement, peut-être eut-il trouvé l'article plus intéressant.

au tribunal la suppression du rucher, on la lui refusa. Ihering déclare qu'il l'aurait accueillie, car on ne peut tenir des abeilles qu' « en quantité raisonnable [1], » et il ajoute : « Il faut abandonner l'idée que le propriétaire peut faire sur son fonds tout ce qui lui plaît, et que ce n'est que par considération pour le voisin qu'il doit subir certaines restrictions... C'est le contraire qui est vrai ». On peut gêner son voisin dans certains cas, et voici le critérium : « La gêne est une notion très indéterminée, mais on peut la préciser au moyen du principe que *tout ce qui appartient à la vie ordinaire est permis*, et partant n'est point considéré comme gênant. La gêne commence là où cette dernière mesure est dépassée. Elle forme donc, pour ainsi dire, moins le principe législatif de notre théorie qu'un motif, une considération d'après laquelle cette théorie a été législativement formulée... La question de gêne se réduit donc à savoir ce qui *dans la vie ordinaire est nécessaire et habituel*... Le principe, c'est que la solution dépend de *ce que la pratique de la vie a déjà décidé* [2]. » En fait, il y a des habitudes, des usages, qui permettent de fixer cette limite, et il conclut : « En résumé, nul ne doit souffrir de la part de ses voisins des atteintes indirectes qui causent du dommage à la personne ou à la chose, ou qui gênent la personne en *excédant la mesure ordinaire* de ce qui est supportable [3]. » C'est là, en effet, une formule générale de responsabilité que nous croyons inattaquable.

Il ne faut pourtant pas trop exagérer le mérite d'Ihering. Il n'était gêné par aucun texte positif ; il travaillait sur des lois romaines, qu'il pouvait torturer à sa guise, et on ne

1. Ihering, *loc. cit.*, p. 135.
2. Ihering, *loc. cit.*, p. 140.
3. Ihering, *loc. cit.*, p. 142.

pouvait lui opposer la formule du Code Napoléon, comme on l'a fait à tous ceux qui ont tenté en France d'élargir les règles de la responsabilité. Il pouvait user d'une méthode plus large. Il faut ajouter qu'en Allemagne on se souvient encore des vieux principes germaniques qui accordent bien plus facilement une réparation. Quoique le droit romain fut à cette époque le droit commun de l'Allemagne, le joug romaniste s'y faisait sentir bien moins lourdement qu'en France. Tout cela a rendu le travail d'Ihering autrement facile que ne l'est chez nous un travail analogue.

Aussi en Allemagne l'étude d'Ihering a porté ses fruits. Löning, étudiant la responsabilité de l'État à propos de la faute de ses agents [1], déclarait que « les actions du voisin en réparation du dommage n'impliquent nullement une faute du propriétaire ; ces actions sont données au contraire pour régler les rapports du fonds voisin [2] ». Il ajoute : « L'obligation de réparer ne peut être fondée sur une faute, car cette obligation subsiste même quand il est prouvé que les plus minutieuses précautions n'auraient pu empêcher le dommage. » Or quel est le critérium de la responsabilité. Löning nous dit que les cours de justice admettent un voisin à se plaindre du dommage qui lui est causé, toutes les fois que le dommage excède les *bornes ordinaires des inconvénients de voisinage*, et il cite comme exemple l'incendie causé par des flammèches de locomotives, et les

1. Löning, *Die Haftung des Staats aus rechtswridigen Haudlungen seiner Beamtem*. Francfort O. M. 1879.

2. Löning, *op. cit.*, p. 72. « *Denn der daraus entspringende Schadenersatzanspruch, bez. der Anspuch auf Erstellung der den Schaden hervorbringenden Benutzungweise hat gar nicht ein Verschulden des Eigenthümers zur Voraussetzung. Diese Ansprüche sind vielmehr vom Recht gegeben zur Regelung der Verhältnisse der nachbarblichen Grundstücke* ».

dommages multiples occasionnés par l'exploitation d'une industrie.

Enfin, pour citer un auteur tout récent, Schérer admet parfaitement pour notre question une responsabilité sans faute ; et il déclare formellement que l'action n'exige pas une faute subjective, qu'il suffit pour pouvoir l'intenter d'une atteinte objective[1].

Il y a donc on le voit tant en France qu'en Allemagne une très forte tendance à admettre une responsabilité légale en matière de voisinage. Mais tandis qu'en France il n'y a eu aucune modification législative, en Allemagne la doctrine a eu la plus grande influence sur la législation.

III. Le Code civil allemand. — Nous devons étudier brièvement la nouvelle législation allemande, parce qu'elle nous montrera un fonctionnement pratique d'une responsabilité sans faute et nous permettra plus tard de préciser la formule de cette responsabilité[2].

L'article 906 du Code civil allemand est ainsi conçu : « Le propriétaire d'un fonds ne peut s'opposer à l'introduction des gaz, vapeurs, odeurs, fumées, suies, chaleurs, bruits, trépidations et autres matières provenant d'un fonds, lorsque ces inconvénients ne nuisent pas du tout ou pas essentiellement à l'usage d'un fonds, ou lorsqu'ils résultent de l'usage de l'autre fonds *si cet usage est normal* d'après les circonstances locales pour les fonds de la

1. Schérer, *Die Gesetzgebung des deutschen Reiches. Erster Theil : Das Sachenrecht.* Erlanger, 1899, n° 290. « *Die dingliche Klage hat weder ein subjectives Verschulden, noch ein Interesse zur Voraussetzung ; es genügt ein objektiver Eingriff* », et il appelle cette action, action réelle négatoire. Il faut remarquer que Schérer étudie le nouveau Code civil.

2. Dans la préparation du Code civil allemand on avait demandé le rejet du principe général de la responsabilité fondée sur une faute subjective, théorie romaniste. La seconde commission ne crut pas devoir aller jusque-là.

même situation. L'introduction au moyen d'une conduite spéciale n'est pas permise[1]. »

La dernière disposition de cet article est un souvenir de la théorie de l'*immissio* corporelle, et l'on peut même dire que l'article tout entier a été influencé par ces idées, car il règle l'introduction de matières provenant d'un fonds sur un autre fonds, c'est-à-dire le cas de l'*immissio*. Il procède à l'énumération des causes de dommages possibles ; c'est toujours chose mauvaise en législation, car on ne peut ainsi embrasser tous les cas. Par exemple l'article 906 ne fournirait aucune solution dans le cas où on se plaindrait du voisinage d'un théâtre ou d'une maison de tolérance.

Mais, ces réserves faites, on ne peut qu'approuver pleinement la formule de responsabilité qu'il donne. A vrai dire, le principe est renversé ; car c'est l'irresponsabilité qui apparaît comme la règle, et l'on donne comme une exception ce qui est en pratique le cas le plus fréquent. Malgré ce vice de rédaction, la formule est très nette : c'est l'usage anormal du fonds qui fait encourir une responsabilité. Il faut comparer l'aménagement du fonds d'où résulte le dommage avec l'aménagement des autres fonds ; c'est une moyenne à faire ; il faut examiner le droit commun de la propriété ; celui qui s'en écarte est responsable.

1. Trad. de Meulenaëre, *Le Code civil allemand*. Paris, 1897. A rapprocher de cette disposition l'article 1908 du Code civil espagnol de 1889 qui déclare le propriétaire responsable des dommages causés : 1° par l'explosion des machines ; 2° par des vapeurs excessives nuisibles aux personnes et aux propriétés ; 3° par la chute des arbres ; 4° par les émanations des égouts ou dépôts de matières infectantes. — Il y aurait donc encore ici responsabilité légale, mais l'article ajoute : « quand on n'a pas pris les précautions requises », ce qui semble supposer une présomption de faute. Voy. Lehr, *Éléments de droit civil espagnol*, II^e^ partie, 1890, p. 341.

Il y a donc bien ici une application pratique de notre théorie, traduite en une formule législative, qui n'a qu'un défaut, c'est d'être trop étroite.

L'article 906 est complété par des dispositions reposant sur des principes analogues. Aussi l'article 836 § 1er règle l'obligation de réparer le dommage causé par la chute d'un bâtiment. En principe il y a responsabilité, sans que l'on ait à prouver comme en droit français le vice de construction ou le défaut d'entretien. Mais le propriétaire peut échapper à cette responsabilité. « L'obligation de réparer le dommage n'a pas lieu, lorsqu'en vue d'écarter le danger le possesseur a pris *les soins requis dans la vie ordinaire.* » Remarquons qu'ici le principe diffère quelque peu. En effet, l'écroulement d'une maison est toujours un fait très exceptionnel dont par suite le propriétaire devrait être responsable, et il ne pourrait dégager sa responsabilité que s'il prouvait que l'accident est dû à un cas de force majeure. En fait l'article 836 § 1er aboutira à peu près aux mêmes conséquences. Il impose des précautions au propriétaire, non les précautions qu'il juge bon de prendre, reposant sur son initiative personnelle, sur un fondement subjectif, mais les précautions que l'on doit prendre dans la vie ordinaire, c'est-à-dire appréciées à un point de vue objectif. Or à ce point de vue on doit prendre pour éviter la chute de sa maison toutes les précautions possibles, même les plus onéreuses, et, comme une non-croyance à la possibilité du dommage ne peut suffire au propriétaire, il est incontestable qu'en fait ce n'est guère qu'en prouvant la force majeure qu'il pourra prouver qu'il a pris les précautions suffisantes. On aboutit donc en définitive au même résultat.

Enfin la même question s'est posée à propos des dégâts

causés par le gibier[1]. Ici le problème se compliquait encore des règles particulières sur la chasse, dont quelques-unes rappelaient le régime féodal, et d'une extrême diversité de législation entre les États. Nous laissons de côté ces complications pour nous en tenir au principe de la responsabilité. Il fit l'objet d'une très vive discussion dans les travaux préparatoires du Code civil allemand. Le premier projet déposé (art. 734) s'en tenait au principe de la faute personnelle, et on en déduisait l'irresponsabilité dans presque tous les cas de dommages causés par le gibier, la multiplication du gibier étant un fait naturel, qui ne dépend presque jamais de la volonté de l'homme. Puis il s'éleva des divergences si profondes que l'on décida de ne pas résoudre toutes les questions de chasse, et de laisser ce soin à la législation particulière de chaque État.

Dans la seconde commission on fut d'accord pour détacher la question de responsabilité des règles sur la chasse, et elle fut alors nettement posée. Il y eut des discussions interminables et d'une vivacité extrême devant la Commission et devant le Reichstag. Le Protokolle de la seconde commission contient trente-huit pages de compte rendu, et au Reichstag une longue séance fut consacrée à la discussion. On en fit une question politique ; le parti conservateur, composé de propriétaires fonciers ayant le droit de chasse en leur qualité de hobereaux, faisait une opposition formidable au projet. Un député le leur reprochait vivement : « Alors que le Reichstag a laissé passer sans discussion toutes les matières susceptibles

1. Voy. Saleilles, *De l'obligation*, 2e éd., 1901, p. 418, note 1. — Anty, *Les dommages causés par le gibier et la responsabilité civile*. Thèse, Paris, 1901, p. 232.

d'intéresser les travailleurs et l'industrie, s'écriait-il, voilà pour de malheureux lièvres toute la Chambre en émoi. » On vota en effet spécialement pour les lièvres et le parti agrairien les fit écarter du texte.

Voici ce qui résulta de cette discussion, c'est pour nous le seul point intéressant. Le propriétaire d'un fonds, ayant le droit de chasse, est responsable des dommages causés par le gibier aux fonds voisins, sur lesquels les propriétaires n'ont pas le droit de chasse. Le principe de la responsabilité est, on le voit, assez restreint, mais le second paragraphe de l'article 835 contient une disposition très intéressante : « Si en vue de l'exercice commun du droit de chasse, les propriétaires de fonds d'une région sont réunis par la loi en une association non responsable comme telle, ils doivent réparation *en proportion de la grandeur de leurs fonds.* » On sent bien ici le vrai fondement de la responsabilité, le risque de la propriété ; plus on a de droits, plus l'on doit être responsable. Et quant à la mesure de cette responsabilité, la loi d'introduction va nous la donner. « Le dommage causé par le gibier aux jardins, vergers, vignobles, pépinières ou arbres isolés, ne doit pas être réparé, lorsqu'on a omis des appareils de protection, qui *dans les circonstances ordinaires* suffisent pour écarter le dommage (art. 71 § 4). C'est une habitude en Allemagne de protéger ainsi les plantations délicates ; si on ne le fait pas, on n'a pas droit à réparation, parce que c'est la victime qui n'est plus dans les conditions ordinaires.

C'est donc bien notre formule qui apparaît ici dans le Code civil allemand. Nous ne prétendons pas qu'elle ait été érigée en principe général, mais il y en a des applications. Cela nous montre le danger d'une législation trop

détaillée ; elle est forcément incomplète. Il est très probable que l'on rencontrera en pratique de nombreuses difficultés d'application, des hypothèses non prévues, et ces difficultés arrêteront plus la jurisprudence allemande que l'article 1382 n'a entravé les progrès de la jurisprudence française.

Voilà les autorités multiples derrière lesquelles nous tenions à abriter notre principe. On le trouve inconsciemment contenu un peu partout. Il a fait l'objet d'une lente élaboration, et il commence enfin à émerger avec sa formule générale.

SECTION II

APPRÉCIATION DE LA RESPONSABILITÉ

Nous devons maintenant montrer de quelle façon le juge doit apprécier la responsabilité. Nous ne disons pas qu'il faut préciser la formule ; car elle doit rester imprécise pour pouvoir se plier à toutes les applications ; mais il est certaines règles directrices qu'il faut formuler. Elles permettent au juge de discerner dans quels cas il y a usage normal de la propriété.

Dire que le propriétaire est responsable quand il n'exerce pas son droit dans les conditions normales, c'est laisser en fait au juge le soin de résoudre comme il l'entend la question de responsabilité. On nous en fera certainement un reproche. Il ne nous arrêtera pas. Toutes les fois qu'il faut appliquer un principe général, le supposerait-on plus rigide encore, le juge est souverain. « C'est à l'expérience des magistrats, à leur sagesse, à leur équité, qu'il appar-

tient de faire convenablement et humainement les applications de notre règle[1]. » Nous pouvons nous approprier complètement ces paroles de Demolombe, qui prétend donner pourtant une règle précise. Lui qui était un partisan convaincu de la responsabilité délictuelle, il admettait donc bien comme nous la souveraineté d'appréciation du pouvoir judiciaire, et en fait c'est un pouvoir indéniable.

Est-ce à dire que le juge puisse à sa fantaisie déclarer qu'il n'y a ou qu'il n'y a pas usage normal du droit selon qu'il veut condamner ou refuser réparation ? Non assurément, ce serait une justice bien primitive, la négation de toute règle, la porte ouverte à tous les arbitraires. C'est pour cela que nous devons déterminer la base d'appréciation du magistrat, nous réservant dans le chapitre suivant de montrer les applications pratiques du principe.

L'appréciation du juge doit être différente suivant les époques et suivant les lieux : elle doit être indépendante de toute considération personnelle aux voisins.

I. Influence de l'époque et du lieu. — En déclarant un propriétaire responsable quand il fait de son immeuble un usage anormal, on établit par cela même une comparaison entre l'exploitation ordinaire habituelle des fonds, et l'exploitation particulière de tel ou tel fonds. C'est la comparaison d'un cas particulier à une moyenne. Or, pour apprécier cette moyenne, il faut nécessairement se placer à l'époque et dans le lieu où le dommage s'est produit.

1° *Époque.* — La responsabilité doit être appréciée différemment suivant les époques, et notre formule qui

1. Demolombe, t. XII, n° 659.

laisse une très large place à l'appréciation du juge, doit être vraie dans toutes les législations qui ne contiennent pas de règles impératives trop précises. Suivant l'état de la civilisation, on appréciera bien différemment ce que nous appelons l'usage normal de la chose. Ce qui était une exploitation exceptionnelle pour les Gallo-Romains est pour nous chose commune.

D'une façon plus générale on peut dire que la responsabilité naît de la diversité des exploitations, amenant une rupture de l'équilibre naturel entre les fonds. Si pendant longtemps on n'éprouve pas le besoin de formuler un principe général de responsabilité, c'est qu'il y avait identité d'exploitation. Cette identité produit un double effet: ou bien elle rend le préjudice impossible par l'application de deux activités égales sur des choses différentes; ou bien elle cause des inconvénients réciproques, mais s'ils sont réciproques, c'est qu'ils sont habituels, et par conséquent ils ne doivent pas être réparés. Au contraire, dès que la diversité s'introduit, il se forme des habitudes, des usages ; et celui qui s'en écarte est la véritable cause du dommage ; donc il doit le réparer.

Le droit romain nous en offre un exemple ; une fabrique de fromages *(taberna casearia)* exhale une épaisse fumée. Un texte du Digeste déclare que les voisins ne sont pas tenus de supporter cette fumée, qu'il qualifie de *fumum gravem* [1]. On a pendant longtemps traduit ces mots par fumée excessive ou incommode, ce qui n'est pas absolument inexact, mais ce qui est imprécis ; car pour savoir si une fumée est incommode, il faudrait avoir une ligne de démarcation, impossible à trouver, parce

1. Dig. VIII, 5, 8, § 6.

qu'elle serait essentiellement subjective. Ihering au contraire montre bien ce qu'il faut entendre par ces mots : la fumée *gravis* est celle qui provient de l'exercice d'une profession particulière, *taberna cascaria ;* c'est ce qui la distingue d'une fumée même très épaisse, s'élevant d'une maison d'habitation, et c'est justement l'exercice de cette industrie qui oblige à réparer le dommage causé [1]. L'exemple n'est pas unique en droit romain [2]. Notre ancien droit nous fournirait des quantités de ces identiques ; et dans notre ancienne jurisprudence, fondée en matière de responsabilité sur des considérations d'équité, notre principe qui a le même fondement devait nécessairement s'appliquer.

Notre théorie est donc vraie à toutes les époques, il faut ajouter toutes choses égales d'ailleurs ; c'est-à-dire si l'on fait varier un des deux termes de la comparaison, qui est le droit commun à l'époque à laquelle on se place. Le juge doit toujours décider d'après les besoins de son temps, et le jugement d'aujourd'hui ne sera pas celui de demain. On se récriera ; on nous accusera de supprimer toute sécurité dans la propriété, d'enlever à l'individu toute l'indépendance dont il a besoin pour développer son activité, car il ne saura jamais si la jurisprudence qu'il connaît ne variera pas. Il ne faut rien exagérer ; la transformation se fera lentement, aussi lentement que les transformations sociales et économiques, ce qui n'est pas peu dire, et l'on a pas à craindre d'assister à de brusques variations de jurisprudence. En

1. Ihering, *op. cit., Œuvres choisies*, t. II, p. 140.

2. Dig. VIII, 5, 8, § 5, pierres projetées d'une carrière. Dig. VIII, 5, 8, § 7, vapeurs d'eau provenant d'un établissement de bains. Dans ces deux cas il y a exercice exceptionnel du droit de propriété, car il s'agit d'une exploitation industrielle.

revanche cette largeur de la formule offre l'inappréciable avantage de ne pas obliger le législateur à d'incessantes revisions du texte. Voyez par exemple la classification des établissements insalubres, qui est énumérative et limitative. Depuis moins de cent ans il a fallu procéder à plus de vingt revisions; que l'on suppose une règle de responsabilité énumérant ces établissements et l'on voit la réforme incessante qui aurait été nécessaire.

L'objection, loin de nous arrêter, fortifie donc notre système. Le juge doit être de son époque. Comme homme d'abord il ne peut se soustraire aux influences qui la dirigent; et voudrait-on trouver un principe de responsabilité dans la conduite individuelle du propriétaire, n'est-il pas vrai que cette appréciation subjective dans la conduite d'un individu serait elle-même essentiellement variable suivant les époques. Il faut donc laisser le juge accessible aux influences de son temps. Ce n'est pas pour rien que certaines antiques chinoiseries du droit sont en grand mépris dans le public, ce sont des règles qui ne se comprennent plus.

Le juge devra se renseigner sur ce qui est le droit commun de la propriété à son époque. Cela ne lui sera pas bien difficile. Il ne s'agit pas en effet d'avoir des connaissances techniques spéciales, et l'absence même de connaissances pourra fournir un critérium. Actuellement dans les villes la grande majorité des constructions constituent des maisons d'habitation : si une usine d'électricité s'établit entre ces maisons, l'industriel sera responsable des dommages qui pourront en résulter. Supposons que dans cent ans chaque propriétaire fabrique lui-même son électricité : quelques inconvénients qu'il en résulte, il n'y aura plus de responsabilité encourue et

celui qui n'en fabriquerait pas ne pourrait pas se plaindre, car ce serait lui justement qui serait en dehors de la loi commune. Or le juge, qui ne vit pas isolé, connaît très bien cette situation ; il sait quelles sont les industries répandues et celles qui sont exceptionnelles ; il statuera en conséquence.

La tradition aura en fait un grand poids. Les usages ne paraissent plus anormaux quand on y est habitué, et par conséquent quand on se trouvera en présence d'un mode d'exploitation très ancien, qui est exercé de la même façon depuis très longtemps, il sera très rare que l'on édicte une responsabilité. Sans doute les dommages sont alors peu fréquents et peu considérables, mais ils existent pourtant, et, s'ils ne sont pas réparés, c'est que l'on considère qu'ils ont pu être facilement prévus et évités par la victime. Nous arrivons à ce point de vue assez près de la théorie de M. Lévy. Il déclare qu'il n'y a pas responsabilité, quand on ne pouvait pas avoir une confiance légitime à ce qu'autrui ne nous cause aucun dommage. Or la confiance est essentiellement traditionnelle, et quand nous voyons de tout temps certains métiers exercés dans les villes, nous nous attendons aux dommages qui peuvent en résulter; nous faisant nous-même juge de la situation, mais décidons qu'il n'y a pas là exercice anormal du droit.

Cette tradition, la jurisprudence la fixe et la conserve, et c'est en cela que les arrêts recueillis forment un véritable corps de doctrine dans lequel on peut puiser. La jurisprudence se sert à elle-même de règle et de critérium.

2° *Lieu.* — La responsabilité, variable avec l'époque, variera aussi souvent le lieu où le dommage s'est produit.

Ce second principe soulèvera, je crois, de vigoureuses objections. En les précisant, nous allons le justifier. Il ne s'agit pas d'appliquer des règles juridiques différentes dans les différentes provinces de la France, de ressusciter une diversité de législation très heureusement disparue, de provoquer une reviviscence des coutumes à tendance régionaliste ou fédéraliste. Nous proposons au contraire un principe très général, mais qui, justement parce qu'il est très général, doit avoir des applications diverses suivant des contrées dans lesquelles il s'applique. Il s'agit de savoir si un propriétaire use normalement ou non de sa propriété. Pour faire cette normale on ne peut pas prendre tout un pays, dans lequel la civilisation n'est pas arrivée au même degré suivant les contrées. Il faut prendre nécessairement une mesure moyenne dans la contrée même où le conflit se produit. Il y a une rupture d'équilibre entre cette propriété et les propriétés voisines; c'est forcément d'après l'usage des propriétés voisines qu'il faut juger de l'importance de la rupture.

Dans notre ancien droit, la diversité des coutumes répondait à ce désir de solutionner les conflits d'après les règles particulières de chaque province. Il en est encore ainsi dans certains pays, et même le Code civil allemand de 1900 a laissé parfois une place à l'application des lois fédérales de chaque État. Mais en France nous possédons l'unité de législation ; c'est sur bien des points un immense avantage, et cet avantage n'entraînera aucun inconvénient, si nous reconnaissons une formule assez large pour une application possible des conditions particulières de chaque contrée.

Ces règles particulières conservées par la tradition ce sont les usages ; et, si les coutumes ont été abrogées en

tant que dispositions législatives impératives, les usages n'en subsistent pas moins, et il y a toujours une coutume qui apparaît, à côté de la règle imposée par le législateur, comme la règle dictée par la collectivité [1], et par là participant indirectement à la création du droit [2]. La coutume se forme par l'usage répété [3], et l'on voit combien était vrai le rapprochement que les canonistes et les scolastiques faisaient entre la coutume occupant sa place dans la formation du droit objectif, la règle de droit, et la prescription qui affermit ou établit le droit subjectif, le droit individuel [4].

On a discuté, quoique peut-être insuffisamment, sur le rôle que devait avoir la Coutume comme source du droit. C'est une question dans la discussion de laquelle nous ne pouvons pas entrer [5]. Elle ne nous intéresse d'ailleurs pas directement. Notre théorie en effet laisse forcément place à la Coutume. Il s'agit en effet de déterminer quel est l'usage normal des fonds ; on ne pourra le savoir qu'en consultant la Coutume. « La Coutume supposant par définition, dit M. Gény, l'assentiment de tous les intéressés, y compris ceux qui souffrent éventuellement de la règle qu'elle établit, cette reconnaissance générale, essentiellement volontaire, constitue le signe décisif de la valeur intrinsèque de cette règle, et la meilleure garantie de

1. Picard, *Le droit pur*, p. 187.
2. Picard, *ibid.*, p. 192.
3. Gény, *Méthode*, p. 311.
4. Beaumanoir, *Coutumes de Beauvoisis*, chap. 24. — Dunod, *Traité de la prescription*, I, chap. 13, *in fine*. — Merlin, *Rép.*, V° *Voisinage*, § I, n° 2. — Voy. sur les différences entre la coutume et la présomption : Gény, *Méthode*, p. 333, note 2, il montre qu'un droit peut être établi comme coutume générale ou faculté spéciale. — Voy. également une application de cette idée à propos de la vaine pâture faite par M. Saleilles, *Note au Sirey*, 1899.2.25.
5. Gény, *op. cit.*, p. 276-392, où la question est très longuement étudiée.

l'équilibre qu'elle assure entre les intérêts qui y sont engagés [1]. »

Il faudra consulter les coutumes, c'est-à-dire les usages industriels et agricoles, plus spécialement même les usages relatifs à tel genre de culture, à telle industrie déterminée. De telles habitudes sont essentiellement locales. On a constaté bien souvent que dans la législation rurale par exemple il était bien difficile d'établir des règles détaillées générales. « Il restera toujours, dit un auteur, des usages qui par leur multiplicité élèvent un obstacle infranchissable contre une réglementation générale et absolue. On peut bien plier les hommes à une certaine discipline ; mais la terre subit des lois qui échappent à notre action et à notre influence. Vouloir tout ramener à un niveau commun, c'est violenter la nature, méconnaître les conditions climatériques, établir entre le Nord et le Midi des luttes constantes et tout à fait stériles. Le voisinage, les cultures, le colonat, le métayage et plus encore les servitudes réelles donnent naissance à des usages nombreux que l'on peut bien régulariser dans certaines limites, mais qu'il serait téméraire de vouloir unifier [2]. » Si l'on adopte la théorie traditionnelle, il s'élève une question assez embarrassante : faut-il en droit positif accorder aux usages une valeur quelconque, et si on leur en reconnaît une, quelle place faut-il leur laisser ? Nous évitons la difficulté en proposant une formule législative qui réserve l'application des coutumes.

Dans certains cas il est certain que l'usage ancien, avec sa force législative, a disparu. Pourtant on y fait encore allu-

1. Gény, *Méthode,* n° 116, p. 300.

2. Jacques *De la propriété et des servitudes rurales d'après la loi de* 1791. *Revue critique,* 1890, p. 493.

sion pour montrer l'utilité à laquelle il répondait, et si les circonstances n'ont pas changé, on peut en tirer argument. Ainsi autrefois il y avait dans certaines régions des usages pour la destruction des terriers, le nombre de battues, le droit de pénétrer sur le fonds d'autrui pour y détruire le gibier trop abondant, etc. Ces usages n'ont plus aucune valeur légale ; ils ont disparu en pratique, mais ne prouvent-ils pas que l'on a toujours considéré le fait de posséder dans ses bois une trop grande quantité de gibier comme un fait anormal, pouvant entraîner une responsabilité. Et si la situation n'a pas changé, si le gibier n'a pas notablement diminué, comme c'est possible, il y a là une preuve en faveur de la responsabilité du propriétaire. C'est l'argument qu'invoquait, à propos d'un arrêt récent, le procureur général près la Cour de cassation belge [1].

D'autres fois nous pouvons assister à ce spectacle juridique assez curieux de voir des dispositions disparaître devant le Code civil comme coutumes ayant force législative, mais reparaître après sa publication comme usages locaux. La différence se conçoit facilement : une loi a une force juridique constante, quelqu'en soit le degré d'application et les interruptions que cette application peut rencontrer, tandis qu'au contraire un usage n'est respectable et ne peut être invoqué comme tel que s'il continue à être observé. Il y a par exemple dans certaines provinces des usages pour les distances requises pour le creusement des fossés. Supposons qu'un propriétaire creuse trop près de la limite, il viole l'usage reçu ; donc il sort des règles communes d'exploitation du sol, et s'il arrive un accident il doit en être responsable. C'est ce qu'a décidé un arrêt de

1. Conclusions sur Cassation belge, 11 juillet 1895. S. 96.4.32.

la Cour de cassation du 3 juillet 1849. « Attendu, dit-il, qu'établir sur son propre terrain un fossé sans observer la distance prescrite par les usages ou règlements locaux pour éviter tout éboulement sur le sol de son voisin qui borde ce fossé, ce n'est pas jouir de sa propriété, comme le permet la loi, c'est abuser de son droit », et l'arrêt décide que le fossé sera refait « en observant les règlements locaux, règlements qui n'ont rien de contraire aux dispositions du Code civil et se concilient parfaitement avec le droit du propriétaire [1]. »

Les tribunaux ont d'ailleurs une faculté d'appréciation souveraine, et il ne suffirait pas d'invoquer un usage plus ou moins répandu pour s'exonérer de toute responsabilité. Ainsi un propriétaire avait établi sur son fonds une fosse à fumier qui répandait des odeurs insalubres. Le tribunal de Marseille, le 2 mars 1854, refusa de le condamner, constatant en fait que les engrais ne répandaient des odeurs qu'à des intervalles de temps assez éloignés, et se fondant en droit sur l'absolutisme de la propriété. La Cour d'Aix réforma le jugement par arrêt du 20 mars 1855, « attendu que le propriétaire qui *excède les justes limites de son droit* en viciant l'air atmosphérique, de manière à incommoder *trop souvent* ses voisins, doit réparer le dommage occasionné par son fait, etc. ». Un pourvoi fut formé contre cet arrêt, et entre autres motifs on se fondait sur ce que ce procédé de culture était fort usité dans le Midi. C'était bien poser la question sur son véritable terrain, et la solution devait en effet dépendre de la plus ou moins grande

1. Cassation, 3 juillet 1849. S. 49.1.624. — Dans le même sens, Cassation, 11 avril 1848. S.48.1.395. — En matière de distances requises pour édifier des travaux près d'un mur mitoyen, l'article 694 réserve expressément l'application des usages et règlements locaux.

anomalie du procédé. En fait ce prétendu usage ne permettait pas une aussi grave atteinte. La Cour de cassation rejeta le pourvoi sans statuer expressément sur la question d'usage [1].

L'unité de la législation, le développement uniforme de la civilisation dans le même pays, sont deux causes qui tendent à faire disparaître de plus en plus tous les usages particuliers : aussi n'ont-ils pas une grande importance.

Mais la considération de lieu est au contraire extrêmement importante, si l'on examine plus particulièrement la localité même où se produit le dommage. On doit toujours se demander si le dommage s'est produit à la ville ou dans les campagnes, et plus spécialement dans telle ou telle ville. Ce qui est usage normal dans les champs ne saurait l'être dans les villes, et de même il y a une différence suivant les villes. Laurent avait remarqué en Belgique, qu'à Gand, ville industrielle, les tribunaux étaient favorables aux industriels, et qu'au contraire à Bruxelles, ville bourgeoise, on les condamnait volontiers [2]. La situation de la propriété doit être très sérieusement envisagée. Les tribunaux ne se sont pas toujours rendus bien compte de la gravité de la question. Ainsi un jugement du tribunal de Belfort du 28 janvier 1827 avait condamné un manufacturier dont le système de chauffage noircissait les toiles que l'on étendait sur les prairies voisines pour les blanchir. Dans son appel, l'industriel soutint qu'il y avait une légion d'usines semblables à la sienne dans toutes les villes d'Alsace, et qu'il n'avait fait qu'user de sa propriété comme en usaient tous les autres. La Cour de Colmar confirma en invoquant le droit de préoccupa-

1. Cassation, 8 juin 1857. S. 58.1.305.
2. Laurent, t. VI, n° 145.

tion de la blanchisserie et sans résoudre nettement la question qui lui était posée [1].

Plus spécialement encore, quand une industrie s'établit dans une ville, il faut considérer le quartier dans lequel elle fonctionne ; ce qui peut être anormal dans certains quartiers est au contraire chose commune dans un autre. La question s'est posée pour une fabrique d'alambics que l'on avait ouverte au milieu de maisons bourgeoises dans un quartier de Paris. La Cour de Paris confirmant un jugement du tribunal de la Seine remarque « que le plan sur lequel les maisons voisines ont été faites, leur distribution intérieure et les jardins qui y sont attachés, tout annonce qu'elles ont été destinées à servir de demeure et de lieu de retraite à des personnes aisées, et que le bruit doit notoirement écarter [2] ». Un jugement du tribunal de Lyon du 12 juin 1900 fait une application inverse. La ville de Lyon est célèbre pour son industrie du tissage ; tout un quartier de la ville, le quartier de la Croix-Rousse est rempli d'ateliers où se trouvent des métiers mécaniques. Les propriétaires voisins sont forcés de subir les inconvénients qui résultent de « la pratique de l'industrie habituelle du quartier [3] ».

C'est en ce sens que l'on doit tenir compte du droit de préoccupation ; et quand la jurisprudence en a reconnu l'existence, c'était au fond sa vraie pensée. Il n'y a pas de préoccupation individuelle, mais il y a ce que l'on pourrait appeler une *préoccupation collective*. Lorsqu'un grand nombre de propriétaires usent de leurs propriétés

1. Colmar, 16 mai 1827. S. 28.2.23.

2. Paris, 16 mai 1841. D. 43.2.137. S. 44.1.811.

3. Lyon, 12 juin 1900. *Mon. judiciaire de Lyon*, 22 juin 1900. — Dans le même sens, Lyon, 9 avril 1900. *La Loi* du 29 septembre 1900.

de la même façon dans un quartier donné, ils déterminent en quelque sorte l'usage normal de ce lieu, et si un autre individu vient s'y établir plus tard, il n'est pas fondé à se plaindre des dommages qu'il peut subir. Au contraire si un seul individu exerçait son droit de cette façon, cet usage, si ancien soit-il, n'en demeurerait pas moins exceptionnel ; aussi la jurisprudence repousse-t-elle dans ce cas l'existence d'un droit de préoccupation [1]. Il n'y a donc pas de droit, si l'on veut, mais il y a un fait ; ce fait c'est la situation particulière des lieux ; la rupture de l'équilibre naturel entre les fonds provient ici de ce que la victime n'use pas de son droit comme en usent tous les autres ; on ne lui doit par conséquent aucune indemnité.

II. Considérations personnelles à la victime du dommage. — Le second élément dont il faut tenir compte c'est la façon dont était exploitée la propriété qui a subi le préjudice. C'est le troisième terme du problème. Nous avons à considérer d'abord l'exploitation de la propriété cause du dommage, puis l'exploitation commune à la même époque et dans le même lieu, et enfin l'exploitation de la propriété qui a souffert du dommage. Cela revient en somme à nous demander : quelle est la véritable cause du préjudice ? C'est celui sans doute qui a usé de son fonds d'une façon exceptionnelle, mais celui-là peut être tout aussi bien la victime que l'auteur. Pour prendre un exemple très simple, une usine fait un bruit modéré dont personne ne se plaint ; une maison contiguë à l'usine est achetée par un savant ou un malade, qui ne

1. Alger, 22 février 1898. D. 99.2.6. S. 99.2.107. — Aix, 19 novembre 1878. S. 79.2.139. — Dijon, 10 mars 1865. D. 65.2.144. — Colmar, 16 mai 1827. S. 28.2 23.

peut supporter ce bruit. Il y a dommage causé, l'industriel est-il tenu de le réparer ?

On a parfois prétendu tirer argument en ce sens de certains textes romains, et d'une loi très vague du Code de Justinien on avait extrait la défense pour les artisans de s'établir dans le voisinage des écoles. La loi ne dit rien de tel [1]. On invoque aussi certains arrêts de notre ancienne jurisprudence. Ainsi l'on cite toujours cet arrêt du Parlement d'Aix qui condamna un cardeur de laine, dont le chant troublait un avocat [2]. On ne remarque pas assez en citant cet exemple que l'arrêt indique que le cardeur affectait de chanter, et l'introduction dans le débat de cet élément intentionnel a guidé en réalité le Parlement. D'Expilly, dans un de ses plaidoyers, cite au contraire un arrêt du Parlement de Grenoble de 1614 déboutant un docteur en droit de la demande qu'il avait formée contre un maréchal qui l'empêchait de travailler par le bruit de sa forge. Cela se comprend très bien ; tout autre qu'un homme d'études n'aurait pas été dérangé. Si donc quelques arrêts avaient donné gain de cause à des savants ou à des magistrats, ce sont des arrêts obtenus par influence et dont il ne faut pas tenir compte. N'oublions d'ailleurs jamais que les pouvoirs de police dont étaient investis les Parlements leur permettaient de prendre des mesures contre certaines professions, et devant ce droit supérieur aucune protestation n'était admise.

La question s'est présentée dans notre jurisprudence moderne, et l'on a décidé en général que l'on ne pouvait pas tenir compte des dommages dont l'unique cause réside

1. Code, XI, 18, 1.

2. Boniface, *Arrêts notables*, III, II, 1, chap. 2. — Fournel, *Du Voisinage*. V° *Bruit*, t. I, p. 283.

dans la profession particulière qu'exerce le voisin. Il y a eu pourtant quelques hésitations qu'il nous faut signaler ; peut être d'ailleurs sont-elles tout simplement motivées par des considérations pratiques que les recueils d'arrêts nous rappellent mal. Le premier arrêt est de la Cour de Colmar en date du 16 mai 1827[1]; nous l'avons bien souvent cité. La Cour condamne l'industriel dont la fumée noircit les toiles étendues sur les champs voisins. Pourtant les appelants objectaient très justement que l'étendage des toiles est une exploitation commerciale d'un caractère tout exceptionnel, et que le dommage était dû uniquement à cet emploi anormal des prairies. Pour juger sainement l'affaire, il fallait, croyons-nous, se poser la question suivante : la fumée était-elle tellement épaisse qu'elle aurait causé un préjudice certain à toute exploitation habituelle voisine de l'usine, ou bien au contraire était-ce une fumée légère qui ne pouvait nuire qu'à une blanchisserie de toiles ; dans ce dernier cas, il fallait débouter le voisin. — Un motif inséré dans un jugement du tribunal de Libourne du 11 décembre 1865 vient également rappeler à tort des considérations personnelles aux voisins. Il s'agissait de bals donnés dans une salle de Casino, et le tribunal constate que « M... dont la profession exige le calme et le repos le plus absolu est bien fondé à se plaindre ». C'est là un motif que l'on ne doit pas prendre en considération ; la Cour de Bordeaux l'a fait très justement disparaître dans son arrêt de confirmation[2].

La Cour de cassation a fait au contraire une application partielle mais très juste du principe dans un arrêt du 22

1. Colmar, 16 mai 1827. S. 28.2.23.
2. Bordeaux, 21 mai 1867. D. 69.2.159.

avril 1871 [1]. Des dommages avaient été causés par des lapins à une pépinière établie au milieu d'un bois. Le propriétaire des bois n'en fut pas moins condamné, mais la Cour déclara que le pépiniériste « devait s'attendre à souffrir dans une certaine mesure les dégâts causés par les animaux », et elle modèra l'indemnité. Il nous semble qu'il fallait faire plus et exonérer le propriétaire des bois de toute responsabilité. — Dans un cas analogue, la Cour de Lyon, le 13 janvier 1887, a refusé toute indemnité au propriétaire d'une maison qui se plaignait du voisinage d'un dépotoir, alors que ce dépotoir était établi dans un endroit où ne se trouvaient que des usines [2].

Ici encore c'est la notion de faute qui a obscurci la question. La jurisprudence, faisant de la responsabilité une application constante, exige pour que l'auteur soit irresponsable, que l'on puisse relever une faute à la charge de la victime, et cette faute est difficile à trouver. Abandonnons au contraire le principe de la faute ; toute difficulté disparaît.

Il ne faut donc pas apprécier le dommage au point de vue individuel de la victime, d'après ce que Ihering appelait la *réceptivité personnelle*. Sans cela, disait-il « on devra interdire l'usage du marteau au forgeron, si à côté de sa forge vient demeurer une dame hystérique que les coups violents de sa forge font tomber en pâmoison ; on devra lui interdire de faire du feu dans sa forge, s'il vient s'établir à côté une blanchisserie qui aurait à souffrir de la fumée que le vent rabat ; on devra forcer les voisins à se défaire de leurs abeilles lorsqu'une fabrique de sucres viendra s'établir à côté d'eux ; ce serait abandonner tout

1. Cassation, 22 avril 1873. S. 73.1.321.
2. Lyon, 3 janvier 1887. D. 88.2.239.

au hasard, et donner à tout propriétaire le moyen d'empêcher ses voisins, par la chose ou par les industries qu'il établit de se livrer aux actes les plus ordinaires de la vie.... On ne peut en droit tenir compte de l'impressionnabilité des personnes malades ou extraordinairement sensibles. Si elles ne peuvent supporter le voisinage d'une forge, elles peuvent faire ce que sans cela devrait faire le propriétaire de la forge, se retirer dans la solitude. On ne peut pas davantage tenir compte en cette matière des intérêts et des besoins spéciaux d'établissements d'une nature particulière, tels que blanchisserie, glacière, hôpitaux, instituts scientifiques, etc [1]. »

Ce n'est pas à dire qu'il faille laisser de côté toute considération individuelle ; car la première des conditions pour qu'il y ait réparation est qu'il y ait eu dommage ; il faut donc voir s'il y a eu dommage causé et pour cela on est bien forcé d'examiner l'aménagement spécial de l'immeuble. C'était déjà une remarque faite par les jurisconsultes romains que l'humidité provenant d'un fonds voisin est très utile si elle pénètre dans un champ, et tout aussi nuisible si elle envahit une maison [2]. Le voisinage d'une forge est nuisible à une glacière, mais très utile à une serre ; le voisinage d'un bois rempli de gibier est désastreux pour l'agriculteur, mais très avantageux pour le chasseur qui possède des forêts à proximité. Il faut donc pour arriver à la constatation du dommage un examen de la situation personnelle du voisin. Mais ensuite quand il s'agit de savoir s'il faut réparer le dommage, on doit laisser de côté toute considération personnelle à la victime, et apprécier seulement la *réceptivité commune*.

1. Ihering, *op. cit.*, *Œuvres choisies*, t. II, p. 130 et 131.
2. Dig. VIII, 2, 18 et 19 pr.

Nous croyons avoir précisé par ces quelques explications la formule de la responsabilité. Elle peut être résumée ainsi : *Quiconque n'use pas de sa propriété dans les conditions normales de son époque et de la situation de son immeuble, doit réparer le dommage qu'il cause ou n'a droit à aucune indemnité pour celui qu'il subit.*

C'est cette formule que doit appliquer notre jurisprudence actuelle, et nous pouvons dire que presque toujours elle l'applique sans s'en douter. C'est ce qu'il nous reste à démontrer en étudiant le fonctionnement pratique de notre principe.

CHAPITRE V

APPLICATIONS PRATIQUES DU PRINCIPE

SECTION I

CAS DE RESPONSABILITÉ

Il n'y aura rien de changé au point de vue de la preuve. La victime doit prouver le dommage, et le rapport de causalité entre ce dommage et l'acte du voisin. Tous les systèmes reposant sur des présomptions de faute, qui ont eu un moment une certaine vogue, ne sont au fond qu'un insuffisant palliatif à des règles de responsabilité trop étroites. C'est une mauvaise extension de mauvais principes ; et l'on voile d'une règle de forme une règle vraie que l'on n'ose pas avouer.

La preuve ne sera d'ailleurs pas difficile. La victime pourra établir facilement l'existence du dommage, et quant à l'acte dommageable, ou bien c'est un accident survenu brusquement, par exemple l'écroulement d'une maison, et alors le fait est notoire, ou bien c'est un aménagement spécial d'un fonds, et cette situation constante peut toujours être vérifiée. D'une façon générale, par consé-

quent, en négligeant les difficultés d'application particulières, les règles de la preuve ne soulèvent pas de discussion.

I. Usage exceptionnel de la propriété. — Il ne peut s'agir évidemment ici d'une énumération détaillée, mais nous devons reprendre, pour les soumettre à une analyse nouvelle, les différents cas dans lesquels, nous l'avons vu, la jurisprudence reconnaît la responsabilité du propriétaire.

1° *Contravention aux lois et règlements.* — On dit dans la théorie classique que le propriétaire est responsable quand il viole une loi ou un règlement, parce que cette violation constitue une faute. Nous arrivons à la même solution pour une raison différente. Substituant le point de vue objectif au point de vue subjectif, nous disons que le propriétaire est responsable parce qu'il n'exerce pas un droit. Cette substitution ne laisse pas que d'avoir quelques avantages. Car si nous supposons la bonne foi du propriétaire, son ignorance de la loi, on aura quelque peine à voir dans sa conduite une faute quelconque. En se plaçant au point de vue objectif, on supprime cette petite difficulté.

2° *Dommage causé intentionnellement.* — Ici se pose une grave question. La faute, éliminée comme fondement et principe de la responsabilité, doit-elle reparaître à titre accessoire pour permettre de déterminer certains cas de responsabilité? Faut-il encore tenir compte dans une certaine mesure de l'élément subjectif? Il faut supposer un individu faisant un acte normal en lui-même, par exemple élevant sur son toit une cheminée ; ce fait très commun ne peut donner lieu à une responsabilité quelconque ; mais cette cheminée ne correspond à aucun

besoin réel ; elle n'est là que pour masquer la vue dont jouissait le propriétaire de la maison voisine ; elle a été élevée dans le but de nuire à autrui ; faut-il déclarer que l'acte n'en rentre pas moins dans les conditions normales d'exercice du droit, ou bien au contraire faut-il dire qu'il y a dans ce cas particulier une faute intentionnelle entraînant responsabilité ? Le principe de la responsabilité délictuelle doit-il être maintenu partiellement, dans le cas où la responsabilité légale n'existerait plus ?

Certains novateurs en matière de responsabilité ont conclu à la persistance accessoire du principe ancien : « Il y aura peut-être encore, écrit M. Teisseire, à s'inquiéter de la conduite de l'auteur, à apprécier au point de vue subjectif, comment il a accompli ces actes, et si la manière dont il a agi permet de le considérer comme couvert par son droit... S'il a agi par pure malice, avec la seule intention de nuire, on peut soutenir... qu'il n'a pu rentrer dans l'intention du législateur de favoriser une volonté coupable, et de lui assurer l'impunité. Malgré toutes les apparences licites qui militent pour lui, l'auteur de l'acte sera donc responsable [1]. » Sous une forme un peu timide, on ressuscite toute la théorie de la faute ; elle est au second plan, mais elle reste entière.

Nous croyons, au contraire, qu'il faut résolument repousser toute recherche d'intention du propriétaire comme acte illicite pouvant fonder une responsabilité. Il faut, avec Ihering, poser en principe que la « légalité extérieure, objective de l'acte, rend le recours à l'intention subjective aussi superflu qu'inadmissible [2] ». Du moment que nous ne faisons plus de cette conduite la base de la

1. Teisseire, *Thèse citée*, p. 280.
2. Ihering, *op. cit.*, *Œuvres choisies*, t. II, p. 122.

responsabilité, un propriétaire peut toujours agir sans avoir à rendre compte de ses intentions.

Cela conduit-il forcément à admettre son irresponsabilité? Ce serait un inconvénient grave; car il y a des atteintes qui ne correspondent à aucun but sérieux, à aucune satisfaction d'intérêt légitime, et qui, par suite, ne doivent pas être permises impunément. Mais en appliquant toujours notre règle générale, nous aboutissons au contraire à déclarer le propriétaire responsable. Nous avons en effet uniquement à nous demander si l'acte accompli rentre dans l'exercice normal du droit de propriété. Or il est évident qu'un acte, qui n'est fait uniquement que dans l'intention de nuire, est toujours exceptionnel. Ihering l'avait très bien vu ; il voulait que tout acte ait un but sérieux. « Les actes dans lesquels ces conditions ne se rencontrent point, disait-il, seront considérés comme illicites, non pas parce qu'ils procèdent d'une intention subjectivement répréhensible mais parce qu'ils excèdent la mesure de ce qui est objectivement permis [1]. » Ihering citait comme exemple la production de gaz méphitiques ayant uniquement pour but de nuire à autrui : elle est illicite, mais aurait-elle un but scientifique, elle ne le serait pas moins ; aussi déclarait-il que ces actes sont illicites « non point parce qu'ils seraient intolérables *in concreto* et hypothétiquement, mais parce qu'ils le sont *in abstracto* et absolument ».

Il faut aller plus loin, et décider qu'un acte qui ne donnerait lieu à aucune indemnité, s'il était dicté par une intention sérieuse, est au contraire une source de responsabilité, s'il est fait uniquement dans le but de nuire à au-

1. Ihering, *op. cit. Œuvres choisies*, p. 123

trui. Dans le cas de la fausse cheminée par exemple, il y a responsabilité, parce que normalement on ne s'amuse pas à construire des murs sans aucune utilité. D'une façon générale, la recherche de l'intention sert, non pas de principe de responsabilité, mais de caractéristique de la normalité de l'acte. Tout acte qui préjudicie au voisin sans aucune utilité pour celui qui l'accomplit, qui n'est effectué que dans le but de lui préjudicier, est un acte objectivement illicite et comme tel oblige à réparation.

Nous arrivons donc aux mêmes solutions que la jurisprudence, et il faut ajouter que bien souvent la jurisprudence a vu le vrai motif qui devait la diriger. L'arrêt de la Cour de Colmar du 2 mai 1855[1] qui condamne le propriétaire de la fausse cheminée, déclare que l'exercice du droit de propriété « aura pour mesure la *satisfaction d'un intérêt sérieux* et légitime, que les principes de la morale et de la justice défendent une action *ne se justifiant par aucune utilité* et portant un grave préjudice à autrui ». La Cour de cassation dans un arrêt du 8 juin 1857 déclare également que l'on doit « prévenir ou réprimer toute entreprise faite par haine et par malice, et *sans utilité* pour celui qui se la permet[2] ». L'inutilité de l'acte accompli prouve son caractère exceptionnel. Tous les autres arrêts s'expliquent de même ; il est anormal de faire des fouilles pour chercher de l'eau et de laisser perdre ensuite cette eau[3], il est anormal de se livrer sur son fonds à un concert discordant qui éloigne le gibier du voisin[4]. Il est

1. Colmar, 2 mai 1855. D. 56.2.9.
2. Cassation, 8 juin 1857. S. 58.1.305.
3. Montpellier, 16 juillet 1866. S. 67.2.115.
4. Paris, 2 décembre 1871. D. 73.2 185.

absolument inutile de faire intervenir dans toutes ces hypothèses une idée de faute.

On évite ainsi une difficulté qui se présente dans la théorie classique. Il peut se faire que la loi reconnaisse expressément un droit précis, par exemple le droit de demander le bornage. Supposons qu'un propriétaire contraigne son voisin au bornage, uniquement dans le but de l'obliger à faire une dépense. Il y a bien là intention de nuire, et pourtant la théorie classique admettrait-elle une responsabilité ? La question ne s'est pas posée en pratique à notre connaissance, mais elle pourrait très bien se poser, et très probablement on reconnaîtrait au propriétaire le droit absolu de demander le bornage, mais alors on ne tiendrait plus compte dans ce cas de l'intention délictuelle, et dans ce cas quel critérium propose-t-on? Si on rejette au contraire cette inutile recherche d'intention, on dira : toute demande de bornage est un acte absolument normal, qui correspond forcément à une utilité ; peu importe dès lors l'intention de celui qui le demande ; en fait l'acte est toujours utile aux deux propriétaires ; il a une normalité objective invariable ; il ne saurait donc être une source de dommages-intérêts.

3° *Imprudences et négligences.* — Ici encore nos solutions concorderont exactement avec celles que donne la théorie classique. Un acte accompli sans prendre les précautions voulues est toujours un acte exceptionnel, qui doit, comme tel, entraîner une responsabilité. Ce sont les conditions particulières dans lesquelles il est exécuté qui le rendent anormal.

Donc ici encore la conduite du propriétaire sert de caractéristique au préjudice, et non de principe de réparation. Cela est infiniment plus exact. Il peut arriver en effet

que le défaut de précautions nuise au voisin, mais réalise au contraire une économie pour le propriétaire. Il est bien difficile alors d'y voir une faute juridique ; on comprend au contraire facilement qu'un pareil acte, sortant des usages courants de la propriété, entraîne responsabilité.

4° *Usages exceptionnels en eux-mêmes de la propriété.* — Dans tous ces cas l'acte, n'étant jamais normal en lui-même, entraîne toujours responsabilité.

1° On peut ranger dans une première catégorie tous les dommages résultant de l'existence des *établissements industriels.* Il n'y a aucune différence à faire entre les établissements classés et non classés. L'autorisation administrative, qui ne saurait être une source de responsabilité, n'est pas non plus une cause d'exonération ; mesure préventive, elle n'exerce aucune influence sur la réparation.

On pourrait dire, semble-t-il, que cette autorisation démontre justement que l'établissement qui en est muni ne sort pas des règles ordinaires de la propriété ; nous savons en effet que l'on exige certaines conditions ; l'autorisation obtenue crée, pourrait-on dire, l'usage normal des fonds dans le lieu où fonctionne l'établissement. Ce serait se méprendre beaucoup sur la valeur de l'autorisation ; l'administration ne constate pas en effet que l'établissement ne cause aucun dommage, ni même qu'il suit les usages courants du lieu, mais simplement que la somme des inconvénients résultant de son exploitation ne dépasse pas les avantages qu'elle peut offrir. Et par conséquent, loin d'être un brevet d'immunité, l'autorisation accordée prouvera justement que l'établissement est soumis à des conditions d'exploitation exceptionnelles. Quant aux établissements non classés, il ne sera pas en fait beaucoup plus difficile de discerner si, étant donnée leur situation

matérielle, ils sortent ou non des usages courants de la propriété.

Dans la plupart des cas la preuve du fait anormal sera faite par la preuve même de l'existence du préjudice. En effet quand il y a exploitation similaire parallèle de fonds différents, les causes de dommages sont bien rares ; celui qui possède une usine répandant une épaisse fumée n'éprouve aucun dommage de la fumée sortant de l'usine voisine. La possibilité du dommage est donc un premier indice de la responsabilité. Mais ce n'est pas le seul ; car il peut se faire que ce soit justement la victime qui exploite son fonds d'une façon anormale, c'est un second élément à considérer. Et en troisième lieu il peut arriver qu'il y ait préjudice causé par un établissement industriel, mais que ce préjudice soit identique à celui que causerait un usage du fonds dans des conditions normales, et dans ce cas il ne doit pas y avoir responsabilité.

Ces règles sont justement celles que suit notre jurisprudence. Il est en effet une formule qui revient dans tous les arrêts : *celui qui excède les obligations ordinaires du voisinage est responsable.* Les tribunaux décident par exemple, à propos du préjudice causé par la fumée, que si l'on peut « invoquer la tolérance de voisinage pour faire supporter un dommage ou une incommodité *modique*, mais inhérente à sa profession, on est tenu par réciproque et en vertu des devoirs de ce même voisinage de faire cesser un *dommage grave* qu'il faut prévenir[1] ». Ils reconnaissent aux voisins le droit de réclamer une indemnité « si le propriétaire d'un bâtiment d'où se répand la fumée fait un *usage immodéré* de son droit, ou si au *lieu d'une*

1. Bordeaux, 15 juillet 1845. S. 47.2.538.

habitation ordinaire, il forme un établissement qui par son exploitation produit une fumée dommageable à l'héritage voisin[1] », ou encore lorsque les odeurs excèdent « la *mesure de l'obligation ordinaire* du voisinage[2] », lorsque l'on « porte atteinte au droit d'un autre propriétaire en *dépassant au préjudice de celui-ci la mesure des engagements* qui existent entre voisins[3] ». Ils déclarent de même que l'industriel doit une indemnité, lorsque le bruit de son usine empêche toute conversation dans un appartement parce qu' « *il excède par sa fréquence et son intensité les obligations ordinaires du voisinage*[4] ».

Il peut arriver au contraire que l'établissement industriel ne cause pas plus de dommages que n'en causerait une exploitation quelconque ; par exemple on entend les rouages de son usine, mais ce sont là des bruits auxquels on est habitué dans les villes, et l'on constate alors que « l'industriel ne fait qu'user de sa chose d'une manière convenable, *conforme aux règlements et à l'usage*, qu'il ne serait pas juste de le condamner à indemniser son voisin[5] ».

Même principe pour les dommages causés par l'*exploitation des chemins de fer*. On ne peut pas invoquer ici la jurisprudence constante sur les dommages causés par les travaux publics, car il ne s'agit pas de conséquences de la construction de la voie, mais bien du trafic de la ligne, ce qui est une exploitation industrielle et commerciale.

Il y a eu pourtant quelques controverses sur ce point. Les conseils de préfecture se sont déclarés compétents,

1. Douai, 30 mai 1854. D. 55.2.26.
2. Agen, 7 février 1855. D. 55.2.302.
3. Cassation, 14 juillet 1875. S. 75.1.352.
4. Dijon, 10 mars 1865. D. 65.2.144. S. 65.2.343.
5. Paris, 28 avril 1860. D. 60.2.117.

parce que, disent-ils, il s'agit des conséquences directes de l'exécution des travaux publics. Le Conseil d'État a approuvé cette jurisprudence[1], et le Tribunal des conflits a déclaré la loi du 28 pluviôse an VIII applicable à ces dommages. Mais d'un autre côté la Cour de cassation s'est toujours déclarée compétente, quand l'action a été portée devant les tribunaux civils[2]. Dans ce conflit c'est la jurisprudence civile qui a raison. Le dommage n'est pas en effet une conséquence directe et forcée de l'exécution des travaux publics. Sans doute la Compagnie doit exploiter, mais on peut toujours supposer des mesures extraordinaires qui feraient disparaître les inconvénients de cette exploitation.

Quoi qu'il en soit de cette discussion, la jurisprudence civile et la jurisprudence administrative s'accordent parfaitement sur le principe. La Compagnie est responsable. Il y a en effet ici une exploitation qui, n'étant pas permise à un simple particulier, constituant un monopole concédé à une compagnie, révèle par cela même un caractère exceptionnel. Par exemple les trépidations occasionnées par la marche des trains ébranlent une maison[3], font tourner le vin contenu dans un cellier, ou dérangent les vers à soie dans leur travail[4]; la fumée des locomotives envahit une fabrique de rubans de couleur claire et les détériore[5], rend impossible l'exploitation d'une blanchisserie de cire[6]. Dans tous ces cas il doit y avoir responsa-

1. Conseil d'État, 6 mai 1887 (dommages causés par la fumée des locomotives) et 9 mai 1886 (trépidations des trains communiqués aux maisons voisines).
2. Orléans, 25 février 1885. D. 86.2.227 (dommages causés par la fumée).
3. Conseil d'État, 19 mai 1886, 6 avril 1889, 21 février 1890.
4. Conseil d'État, 10 janvier 1873.
5. Conseil d'État, 6 mai 1887.
6. Orléans, 25 février 1885. D. 86.2.227. — Voy. aussi Tribunal de l'Empire allemand. 20 novembre 1886. Pand. franç., 88.5.20.

bilité : la jurisprudence civile invoque l'article 1382, les tribunaux administratifs vont plus directement au but, mais les raisons sont les mêmes et les solutions identiques.

Remarquons ici que l'on tient compte des dommages qui ne sont causés au voisin que parce que celui-ci se livre à une industrie toute spéciale, par exemple la sériciculture. Il est bien certain en effet que l'exploitation d'une ligne de chemins de fer est un acte tellement exceptionnel que la Compagnie doit toujours en supporter les risques ; mais il pourrait y avoir dans l'usage exceptionnel fait par la victime elle-même une cause de modération de l'indemnité. Nous reviendrons sur ce point.

Il faut placer encore dans le même groupe le préjudice résultant du voisinage d'un théâtre ou d'une maison de tolérance. Il y a là en effet une exploitation industrielle ou commerciale d'une nature particulière, ainsi que le prouvent très bien les autorisations de police qu'ils sont obligés de solliciter.

Les *théâtres* en général sont peu préjudiciables aux maisons voisines ; mais pourtant la jurisprudence nous montre des causes de conflit, et elle rappelle alors très justement que ces dommages doivent être réparés par l'exploitant, « attendu que c'est à celui qui a profité des bénéfices d'une exploitation, que doivent incomber les charges qui peuvent s'y rattacher », et que « l'on est tenu de supporter les conséquences de la spéculation que l'on a entreprise[1] ». Mais il faut que les inconvénients excèdent ceux qui résulteraient d'une maison voisine quelconque. Ainsi il y a évidemment un danger d'incendie plus considérable ;

1. Seine, 1er juillet 1863. S. 66.1.169, note *b*.

mais si l'on prend à l'intérieur du théâtre toutes les précautions voulues pour éviter l'incendie, on peut dire qu'il y a au contraire dans ce voisinage plus de sécurité que dans celui d'un bâtiment quelconque, et les tribunaux constatent alors que le voisin « ne souffre pas d'un dommage qui excède les inconvénients et les désagréments qu'imposent dans les grandes villes et dans beaucoup d'autres cas les nécessités du voisinage[1] » ; au contraire si aucune précaution n'a été prise, ils décident que « les dommages excèdent les obligations ordinaires du voisinage[2] ». C'est là la véritable explication des divergences de jurisprudence que nous avons rencontrées à propos du voisinage des théâtres.

Quant aux *maisons de tolérance*, la jurisprudence est plus ferme, parce que les inconvénients résultant de l'existence de ces maisons excèdent notoirement ceux qui résulteraient du voisinage d'une maison quelconque. La Cour de cassation, dans un arrêt du 3 décembre 1860, constate qu'il y a « conflit de droits », et que par conséquent « c'est aux tribunaux qu'il appartient de régler ou de déterminer la mesure dans laquelle ces inconvénients de voisinage doivent être répartis et supportés », et l'arrêt attaqué constatait souverainement en fait que le dommage dépassait les inconvénients ordinaires du voisinage[3]. Il y a certainement dans tous ces cas une responsabilité encourue.

2° Il faut appliquer les mêmes principes aux *dommages causés par le gibier,* et nous allons voir combien vont se simplifier toutes les questions que l'on se pose d'ordi-

1. Cassation, 6 février 1865. S. 66.1.402.
2. Cassation, 24 avril 1865. S. 66.1.169.
3. Cassation, 3 décembre 1860. S 61.1 839 — Alger, 22 février 1898. D. 99.2.6. S. 99.2.107.

naire à ce sujet. On a écrit des ouvrages entiers pour résumer et éclaircir une jurisprudence que l'on déclare incohérente, et, prenant un fil conducteur quelconque, les auteurs s'aventurent dans un dédale d'arrêts, approuvant les uns, critiquant les autres, s'efforçant d'indiquer des solutions justes et de donner au juge une ligne de conduite. Ce sont de vains efforts : la jurisprudence n'est pas incohérente; elle est pratique; elle a une règle invariable qu'elle applique toujours; mais le principe est très large, et les décisions infiniment variées paraissent contradictoires quand, figées dans un répertoire d'arrêts, on ne sent plus vivre en elles la situation de fait. Ce principe n'est autre que celui que nous avons donné comme formule générale de la responsabilité du propriétaire [1].

1. Il y a sur ce point de très nombreux projets de loi. Analyse très complète dans la thèse de M. Anty, *Les dommages causés par le gibier et la responsabilité civile*. Paris, 1900. — Un seul de ces projets a abouti. C'est la loi du 21 avril 1901 étendant la compétence du juge de paix et établissant une prescription de six mois. Cette loi ne touche en rien la question de responsabilité.— Le dernier projet est le projet déposé par M. Dupuy le 2 mars 1900. En voici la principale disposition : Art. 1. « Celui qui a le droit de chasse dans les bois, buissons, forêts, landes et bruyères est de plein droit responsable des dommages causés aux récoltes par le gibier, lapins, cerfs, biches, chevreuils et sangliers. Le propriétaire ou l'usufruitier du sol est également responsable sauf son recours s'il y a lieu contre le concessionnaire de la chasse... » Art. 2. « La responsabilité cesse lorsque celui qui a le droit de chasse justifie qu'il n'a commis aucune faute, et notamment que des mesures suffisantes ont été prises pour empêcher la multiplication et prévenir les dégâts du gibier. Il en est de même lorsqu'il prouve que le riverain demandeur s'est livré à une culture spéciale pour attirer le gibier, ou a dans le même but laissé les produits du sol sur place au delà du temps nécessaire pour la récolte. Le propriétaire et l'usufruitier, qui a permis la chasse librement sur son terrain, échappe à toute responsabilité. — » La Chambre avait adopté le 13 décembre 1897 une proposition de loi édictant la responsabilité des propriétaires de chasses réservées. Le Sénat l'a repoussé. — Cf. Code civil espagnol, art. 1906. « Le propriétaire d'une chasse répond du préjudice causé par le gibier aux fonds voisins, lorsqu'il n'aura pas fait tout le nécessaire pour empêcher sa multiplication ou lorsqu'il aura empêché le propriétaire de ces fonds de le chasser comme ils le voulaient. »

Tout fonds contient une certaine quantité de gibier, qui y vit à l'état sauvage et ne peut, à raison de son importance essentiellement restreinte, causer que des dommages négligeables. Cette quantité varie suivant la situation des fonds ; presque nulle dans les terrains défrichés et servant à l'agriculture, elle peut devenir énorme dans les chasses gardées situées au milieu des forêts ; supposons le voisinage d'un champ cultivé et d'un bois où pullule le gibier, le conflit est né, qui doit le réparer?

La solution est bien simple. Doit réparer le préjudice le propriétaire dont le fonds contient plus de gibier qu'il ne devrait normalement en contenir. Ici encore la considération du préjudice causé sera prépondérante pour apprécier la proportion de gibier contenu dans le fonds; l'importance du dommage sera une preuve de la quantité anormale des animaux. Mais c'est bien le fait d'en conserver sur son fonds une quantité anormale qui est générateur de responsabilité.

La jurisprudence, pour qui l'examine de près, ne connaît pas d'autre règle. Elle déclare que « le dommage causé est hors de proportion avec celui qui peut résulter naturellement du voisinage d'un bois [1] », qu'il y a « une quantité de lapins anormale [2] », « que les lapins se trouvent en trop grand nombre eu égard à la quantité de ceux qui peuvent exister normalement et habituellement dans les bois [3] ». C'est ce qui explique les solutions divergentes relativement aux chasses gardées. Ce n'est pas le fait de faire garder sa chasse qui fait encourir une responsabilité,

1. Cassation, 8 juillet 1901. D. 1901.1.464.

2. Cassation, 22 mai 1901. D. 1901.1.356. — Cassation, 15 janvier 1900. D. 1900.1.96.

3. Cassation, 5 mars 1900. D. 1900.1.422.

mais bien l'accroissement de la quantité de gibier qui peut en résulter ; dans tous les arrêts qui exonèrent le propriétaire on déclare que par exemple le nombre des lapins n'est pas excessif[1], tandis que dans les arrêts contraires on constate que le gibier s'est multiplié d'une façon excessive[2]. Même remarque pour la prétendue obligation de défoncer les terriers qui incomberait au propriétaire. Il n'y a aucune obligation de ce genre ; mais il ne faut pas que le gibier se multiplie outre mesure, c'est au propriétaire à prendre des moyens dans ce but.

Il n'y a donc pas à prouver une faute du propriétaire, il suffit de démontrer qu'il y a eu préjudice et que ce préjudice résulte de la quantité anormale d'animaux contenus dans le fonds. L'admission de cette responsabilité légale pourra toutefois amener une difficulté au point de vue de la preuve. Il faudra en effet démontrer que le gibier endommageant les récoltes est bien de tel ou tel fonds. Cette preuve n'est pas toujours facile. On peut supposer plusieurs forêts voisines d'un champ. Quel devra être alors le propriétaire responsable ? Le contiguïté n'est pas une condition requise pour que l'on puisse agir contre le propriétaire d'un fonds ; on pourrait donc tout aussi bien agir contre des propriétaires plus éloignés dont les forêts alimenteraient en gibier la forêt contiguë à l'exploitation rurale. C'est à la victime à prouver que le dommage provient bien du gibier de tel ou tel fonds. En général on pourra y arriver : les animaux ont leur gîte dans un endroit déterminé ; pour les lapins notamment l'existence

1. Cassation, 27 décembre 1898. D. 99.1.383. — Cassation, 15 juin 1895. S. 95.1.352. — Cassation, 9 avril 1895 *Gaz. Palais*, 95.1.633.

3. Cassation, 22 mai 1901. D. 1901.1.356. — Cassation, 4 janvier 1899. D. 99.1.24. — Cassation, 7 février 1876. S. 76.1.112. — Cassation, 24 juillet 1860. D. 60.1.715.

des terriers est un indice certain. La question pourrait être plus délicate pour les animaux qui ne gîtent pas. Le propriétaire lésé pourrait, croyons-nous, actionner tous les voisins propriétaires de bois, et nous comprendrions très bien que les tribunaux, admettant une règle analogue à celle du Code civil allemand, condamnent chacun proportionnellement à la contenance de son fonds.

3° Continuant l'examen des cas dans lesquels il peut y avoir responsabilité, nous arrivons aux *actes de la vie normale,* habituelle, qui exagérés causent des dommages aux voisins. C'est surtout ici que la mesure peut être délicate. Il est assez difficile en fait de déterminer à quel moment on dépassera les inconvénients ordinaires du voisinage. L'usage y est pour beaucoup. Ainsi la jurisprudence a décidé que des bals donnés tous les soirs dans une salle de Casino présentent des inconvénients assez sérieux pour que les propriétaires des maisons voisines puissent se plaindre [1]. Il est évident au contraire que si l'on avait donné un seul bal, ils ne seraient pas fondés dans leur réclamation. C'est ainsi encore qu'un arrêt de la Cour d'Orléans du 22 novembre 1889 a statué sur le préjudice causé aux voisins par le bruit nocturne d'une boulangerie, et la Cour me paraît avoir très bien discerné le véritable critérium de la responsabilité : « Attendu, dit-elle, que P... serait en droit de faire taire les bruits nocturnes de cette boulangerie, s'ils empêchaient une *personne ayant un sommeil ordinaire* de reposer la nuit, qu'ils dépasseraient alors la mesure des obligations communes du voisinage [2]. »

Au surplus dans l'état actuel de notre civilisation, il

1. Bordeaux, 21 mai 1867. D. 69.2.159.
2. Orléans, 22 novembre 1889. D. 91.2.120.

est assez rare que de pareils inconvénients se fassent sentir d'une construction à une autre. De pareils démêlés sont au contraire innombrables entre les co-locataires d'un même immeuble. Nous y reviendrons en étudiant les rapports entre propriétaires d'étages différents.

4° Dans tous les cas précédents le dommage provient d'un aménagement spécial d'une propriété, ou tout au moins de la répétition d'un certain nombre d'actes semblables dans le même lieu. Restent à étudier les cas, dans lesquels il y a dommage survenu brusquement par un fait unique qui ne se renouvellera pas ; ce que l'on appelle en langage commun un *accident,* par exemple pour prendre les deux hypothèses pratiques, un incendie ou un écroulement.

Dans la théorie classique on exige pour rendre un propriétaire responsable de l'*incendie* communiqué aux immeubles voisins que le feu ait pris chez lui par suite d'une faute, imprudence ou négligence, preuve toujours difficile après le désastre, par suite réparation toujours douteuse. La jurisprudence sur ce point est un peu flottante ; elle s'en est tenue assez rigoureusement à l'application de l'article 1382, et elle exige la preuve de l'imprudence ou de la négligence [1].

Pourtant dans certains cas particuliers les tribunaux se sont écartés de ce système. C'est ce qui est arrivé dans le cas d'incendie communiqué par les flammèches des locomotives. Un arrêt de la Cour de Bordeaux du 21 juin 1859 [2] déclare la Compagnie responsable par des motifs

1. Aix, 4 juillet 1894. D. 95.2.167. — Cassation, 7 mars 1892. D. 92.1.502. — Paris, 14 décembre 1889. D. 90.2.364. — Cassation, 17 décembre 1878. S. 79.1.53.

2. Bordeaux, 21 juin 1859. D. 59.2.187. — M. Laurent empruntait à l'arrêt

qu'il est intéressant de rappeler. La Cour commence par se placer sous l'égide de l'article 1382. « Les Compagnies qui exploitent les chemins de fer sont comme les Compagnies industrielles soumises à la loi commune et tenues d'après l'article 1382 de réparer le dommage qu'elles occasionnent... ; elles n'ignorent pas le danger qu'elles font courir aux propriétés contiguës, et c'est à elles sous peine d'être en faute de prendre les précautions nécessaires pour les prévenir. » Puis elle déclare « que si les mesures tracées par l'administration ne suffisent pas, elles doivent en prendre de plus amples et plus efficaces ». Et enfin abandon complet de l'article 1382 : « la science fut-elle quant à présent impuissante, les Compagnies n'en seraient pas moins obligées d'indemniser les propriétaires incendiés, car le dommage nécessaire occasionné par une industrie doit être à la charge de cette industrie, et l'État n'a ni concédé, ni pu concéder aux Compagnies de chemins de fer le droit d'incendier sans indemnité les propriétés voisines. » Cette jurisprudence a été approuvée en des motifs presque identiques par un jugement tout récent du tribunal de la Seine en date du 23 décembre 1897[1]. Elle nous paraît absolument fondée. La véritable base de la responsabilité est ici le caractère anormal de l'exploitation ; il est tellement caractéristique que la responsabilité ne saurait être douteuse[2].

La question est infiniment plus délicate quand le feu a pris par cas fortuit dans une maison et s'est commu-

la formule suivante qu'il faisait sienne. « Le dommage nécessaire occasionné par une industrie doit être à la charge de cette industrie » (t. XX, n° 599).

1. Seine, 23 décembre 1897. *Gaz. Tribunaux*, 2e partie, 98.1.215.

2. Dans certains pays une loi spéciale a consacré la responsabilité des Compagnies de chemins de fer. Voy. par exemple la loi suédoise du 12 mars 1886, § 5. — Lehr, *Éléments de droit civil scandinave*, 1901, n° 376, p. 273.

niqué à l'immeuble voisin. Nous laissons de côté le cas de force majeure, dans lequel certainement on ne doit pas réparation. J'avoue avoir éprouvé sur ce point de très vives hésitations. L'incendie, peut-on dire, est toujours par lui-même un fait exceptionnel, conséquence de l'existence d'un immeuble ; or si chacun doit réparer les risques provenant de sa chose, il doit répondre évidemment de l'incendie. Ainsi généralisée l'idée du risque de l'exploitation, du risque créé, ne nous paraît pas exacte. Sans doute l'incendie n'a éclaté que parce que l'on use d'un immeuble ; mais il ne s'est communiqué que parce qu'il y a un immeuble voisin. Il faut donc en revenir à notre critérium et considérer uniquement si le propriétaire faisait de son immeuble un usage anormal. Voilà pourquoi la jurisprudence déclare responsable le propriétaire d'un théâtre ou d'une usine contenant des matières inflammables, et au contraire exonère de toute responsabilité le propriétaire d'une maison d'habitation dans laquelle le feu a pris par cas fortuit. En pratique, le débat se livrera surtout entre les Compagnies d'assurances qui assurent à la fois l'immeuble et le recours des voisins. Sur un grand nombre de sinistres le résultat pratique sera le même.

Le second accident qui peut se présenter est l'*écroulement* d'un bâtiment. Ici nous avons une disposition législative spéciale, c'est l'article 1386.

Nous avons démontré que, dans l'intention du législateur de 1804, l'article 1386 reposait sur une présomption de faute. Mais laissant de côté maintenant toutes ces recherches de pensée législative, il faut examiner si la décision concrète de l'article 1386 est en désaccord avec notre principe. Il admet la responsabilité du propriétaire

en cas de chute du bâtiment occasionnée par un vice de construction ou un défaut d'entretien. Sous ces deux termes très généraux on embrasse en réalité tous les cas de ruine possible, tenant au bâtiment lui-même, c'est-à-dire les cas fortuits, et on laisse en dehors seulement le cas de force majeure. Or toutes les fois que la ruine est ainsi survenue c'est, dit M. Huc, que « l'édifice n'a *pas été construit suivant les règles et entretenu normalement* [1] ». Dans cette phrase M. Huc donne le véritable fondement de cette responsabilité.

La plupart des interprètes du Code civil ne se sont pas aperçus que la présomption de faute n'est qu'un moyen pour cacher la véritable règle, et qu'il y a, comme l'a très bien dit M. Huc, une responsabilité attachée à la propriété elle-même [2]. S'il en était autrement, s'il y avait véritablement une présomption de faute, il faudrait permettre au propriétaire de prouver qu'il n'a commis aucune faute, et on ne le lui permet pas [3]. On objecte que le Code civil a présumé la faute invinciblement. Mais il peut arriver en pratique que la présomption soit fausse, et alors il y a bien une responsabilité légale, puisque la toute puissance de la loi est le seul fondement que l'on puisse invoquer en faveur de cette solution [4]. Si dans un seul cas la présomption peut être fausse, « toute la théorie s'écroule, dit M. Saleilles; le système de la présomption de faute n'existe plus; le mot lui-même n'est plus qu'une fiction et un mensonge à rayer du vocabulaire juridi-

1. Huc, t. VIII, n° 454, p. 606.
2. Huc, t. VIII, n° 454, p. 607.
3. Cassation, 9 avril 1887. D. 88.1.27.
4. Voy. sur ce caractère des présomptions *juris et de jure* en général : Aron, *Théorie générale des présomptions légales en droit privé*. Thèse, Paris, 1895, p. 39.

que[1] ». Et en effet ajoute M. Josserand, « une présomption irréfragable n'est autre chose qu'une règle de droit mal dissimulée sous le voile d'une règle de forme[2] ». En pratique il arrive très souvent qu'il n'y ait aucune faute commise. C'est le propriétaire au moment de la ruine qui est tenu, et on le rend responsable du vice de construction d'une maison qu'il n'a pas construite, d'un vice que par conséquent il ne peut pas connaître. Sans doute il peut avoir un recours contre son vendeur, contre son architecte si la ruine a lieu dans les dix ans (art. 1792 et 2270), contre l'usufruitier, si ce dernier a négligé de faire les réparations usufructuaires (art. 605) ou s'il ne l'a pas averti du danger (art. 614); mais il peut arriver aussi qu'il n'ait aucun recours, et alors il y aura une véritable responsabilité sans faute[3].

Or pourquoi cette responsabilité? Tout simplement parce que le propriétaire possédait un immeuble qui n'était pas dans un état normal. Il avait un vice de construction, il était bâti contrairement aux règles ordinaires; ou bien il tombait en ruines, et on ne prenait pas les mesures de conservation habituelles ; c'était le droit du propriétaire de laisser dépérir sa chose, mais il doit répondre des conséquences de la ruine.

Voilà comment l'article 1386 était déjà dans le Code civil, et sans que l'on s'en doutât, un véritable cas de responsabilité légale. Il n'est plus aujourd'hui avec la théorie que nous proposons qu'une application particulière d'un principe plus général. Le texte n'a absolument rien de contraire à notre règle. Il est simplement devenu inutile,

1. Saleilles, *Les accidents du travail et la responsabilité civile*, p. 30.
2. Josserand, *De la responsabilité du fait des choses*, p. 98.
3. Laurent, t. XX, n° 642. — Saleilles, *op. cit.*, p. 24.

et puisqu'à bon droit le législateur n'a pas cherché à énumérer les cas de responsabilité, il était superflu de prévoir spécialement celui-là.

II. Usage normal de la propriété. — Il ne saurait venir à l'esprit d'essayer une énumération des actes qui constituent actuellement l'exercice normal de la propriété. Mais nous devons brièvement examiner quelques cas qui ont paru douteux. La jurisprudence déclare qu'il y a dans ces hypothèses exercice légitime d'un droit. Nous ne saurions approuver une telle expression, parce que tout exercice d'un droit est nécessairement légitime et parce qu'il ne suffit pas qu'il y ait exercice d'un droit pour qu'il y ait irresponsabilité. Nous concluons comme la jurisprudence à l'irresponsabilité, mais c'est parce qu'il y a exercice normal du droit, et quelques explications montreront facilement que c'est au fond la véritable idée qui a guidé les tribunaux.

Le cas le plus simple est celui où des constructions enlèvent à un propriétaire la vue dont il jouissait. La jurisprudence déclare qu'on ne lui doit aucune indemnité et nous approuvons pleinement cette solution. Il est en effet d'usage courant d'élever des constructions sur un fonds, et à la hauteur que l'on veut. C'est un fait absolument constant dans toutes les parties de la France. La meilleure preuve que c'est là la vraie raison de l'irresponsabilité, c'est que dans un cas tout spécial que nous avons cité on a admis la responsabilité. Le Conseil d'État a condamné une Compagnie de chemins de fer qui avait élevé un remblai devant une maison à la hauteur d'un second étage [1]. Si la Compagnie avait élevé une maison de garde à la

1. Conseil d'État, 10 décembre 1857.

même hauteur, on n'aurait eu contre elle aucune action. Il est en effet dans les usages d'élever une maison, il est tout à fait exceptionnel de construire un remblai.

Le second cas est celui des veines de sources coupées par les fouilles du voisin. A première vue il semble que le propriétaire qui coupe la source devrait être responsable. Il retire en effet en général un bénéfice de ses travaux, il possède la source, (nous disons en général, car cette eau peut le gêner considérablement, par exemple si les fouilles étaient destinées à assurer des fondations) ; n'est-il pas juste que, conformément au principe que nous avons établi, celui qui recueille les bénéfices d'un acte en supporte les risques. Pourtant la jurisprudence décide que l'on ne doit aucune indemnité, et ici encore nous n'hésitons pas à l'approuver. Le propriétaire en effet ne doit aucune indemnité, parce qu'il a fait sur son immeuble des actes qui rentrent dans l'exercice normal de son droit, chercher de l'eau ou assurer des fondations. Ce sont des actes qui dans nos mœurs actuelles se renouvellent continuellement, et que tous les propriétaires accomplissent : nul n'est tenu de réparer le dommage qu'il cause ainsi à ses voisins.

Mais supposons qu'au lieu de couper les veines de la source, on en corrompe les eaux, par exemple, pour prendre un cas qui s'est présenté, en les mettant en communication avec une carrière de sel gemme. Quoique le préjudice soit moins grave, il y aura dans ce cas lieu à réparation. L'acte dommageable est en effet ici un acte tout exceptionnel, exploitation d'une carrière de sel ; et par suite l'industriel doit en réparer les conséquences. Ainsi s'explique facilement ce jugement du tribunal de Besançon, qu'aucune autre théorie ne peut nous l'avons vu sérieusement justifier[1].

1. Besançon, 6 mars 1888. D. 89.2.228.

C'est ce qui nous explique aussi que le dommage devra être réparé quand les sources ont été coupées par des travaux publics. Il n'y a pas là, comme on le prétend, une règle différente de celle du droit civil, mais simplement une application différente du même principe. Par exemple une Compagnie de chemins de fer achète un terrain, y fait des fouilles, et coupe une veine de source, est-elle responsable ? Il faut distinguer selon la nature des travaux. Si elle a fait des fouilles pour chercher de l'eau et alimenter le puits d'une gare, cet acte ne sort pas des usages courants de la propriété et ne peut fonder aucune responsabilité [1] ; de même si la source a été coupée par une tranchée de quelques mètres de profondeur [2]. Au contraire il faudra condamner la Compagnie si elle fait une tranchée très profonde et très longue, ou mieux encore si elle creuse un tunnel, car alors il faudra déclarer avec le Conseil d'État « que ce travail à raison de sa nature et de son importance n'est pas de ceux auxquels s'applique l'article 552 du Code civil et qui ne peuvent donner lieu à aucune indemnité comme *constituant un usage normal* de la propriété [3] ».

On voit donc que loin d'être en quoi que ce soit révolutionnaire, le principe que nous défendons explique au contraire à merveille des solutions de jurisprudence qui, dans les diverses variantes proposées de la théorie de la faute, semblent absolument inconciliables. Cette constante application pratique est la meilleure démonstration de sa vérité.

III. Voisinages exceptionnels. — Il nous reste à étudier deux situations dans lesquelles le rapport de voisinage est anormal en ce sens qu'il y a voisinage en hau-

1. Conseil d'État, 16 mai 1870. D. 71.3.28.
2. Conseil d'État, 11 juillet 1879. D. 80.5.374.
3. Conseil d'État, 11 mai 1883. S. 85.3.25.

teur, où par conséquent les rapports sont plus intimes, et nous devons voir l'influence que ce caractère exceptionnel peut avoir sur la responsabilité.

1° *Mines.* — En matière de mines, la doctrine est arrivée à une conception de la responsabilité qu'elle présente comme spéciale à la question. Ce principe de responsabilité étant généralisé, il n'y a plus qu'une application particulière d'une règle générale.

Tout dommage causé par la mine à la surface est un dommage anormal, parce qu'il naît d'une situation spéciale. Le concessionnaire doit donc réparer le préjudice qu'il cause, ce qu'admet déjà la jurisprudence.

Mais il faut en dire de même pour tout dommage causé par la mine aux propriétés voisines, par exemple quand une galerie coupe une source qui allait y surgir. La jurisprudence ne l'a pas encore admis : la difficulté de preuve y est sans doute pour quelque chose. Mais cette difficulté ne saurait faire échec à un principe certain, sur ce point une réforme de la jurisprudence est à désirer. On commence déjà à l'apercevoir.

S'il s'agit au contraire de dommages causés par la surface à la mine, il faudra pour que le superficiaire soit responsable, qu'il commette un acte véritablement anormal, par exemple le percement d'un tunnel ou d'une tranchée. Car s'il ne sort pas des usages courants de la propriété, le concessionnaire n'éprouve en réalité de préjudice que parce qu'il se livre à un procédé exceptionnel d'exploitation du sol. C'est la victime qui est ici la véritable cause du dommage.

Enfin, dans les rapports entre mines voisines, est responsable le concessionnaire qui s'écarte des procédés habituels d'exploitation. Ici la situation est égale ; il n'y

a que le fait générateur du préjudice qui puisse détruire l'équilibre naturel existant entre les exploitations.

2° *Étages de maisons.* — La propriété d'une maison peut être divisée par étages (art. 652). Il y a dans ce cas un voisinage plus intime. La loi règle expressément les réparations ou reconstructions de la maison ; mais elle garde le silence sur les conflits du voisinage entre propriétaires des différents étages. En pratique pourtant ce mode de division très usité dans certains pays est une source de conflits fréquents.

Notre principe s'applique ici encore : mais on conçoit qu'à raison de l'intimité du voisinage, il y aura une appréciation particulière de l'usage normal de l'immeuble. On devra se montrer plus sévère.

Une question analogue se pose pour les rapports entre colocataires. Mais il y a cette différence que les divers locataires, qui n'ont entre eux aucun lien juridique, sont tous reliés à un auteur commun le propriétaire. Or l'article 1723 décide que « le bailleur ne peut pendant la durée du bail changer la forme de la chose louée » ; l'article 1719 § 3 que le bailleur doit « faire jouir paisiblement le preneur pendant la durée du bail », et l'article 1729 oblige « le bailleur à ne pas changer la destination du fonds loué ». D'un autre côté le preneur est tenu « d'user de la chose en bon père de famille et suivant la destination qui lui a été donnée par le bail ou suivant celle présumée à défaut de conventions » (art. 1728, § 1). Il résulte de toutes ces dispositions une série d'actions, dans le détail desquelles nous ne pouvons pas entrer et qui assurent à chaque locataire une jouissance paisible.

Il faut donc savoir en définitive quand cette jouissance cessera d'être paisible. Or l'on ne peut donner un crité-

rium fixe. « Il est difficile, dit M. Guillouard, de donner une formule absolue et invariable pour concilier le droit qui appartient à chacun d'eux sur sa chose, avec le respect de la propriété voisine... En fait il faut tenir compte dans l'appréciation de ces questions des circonstances multiples et qui varient pour ainsi dire dans chaque affaire[1]. » La jurisprudence française est arrivée très vite sur ce point à des solutions satisfaisantes; le rapport de droit existant entre les divers colocataires et le bailleur n'a pas permis les mêmes controverses que pour les rapports de voisinage entre fonds différents.

Il n'en a pas été de même, paraît-il, en Allemagne. Ihering critique vivement « la doctrine dominante, purement formaliste avec son accentuation exclusive du côté juridique », et il déclare qu'elle « n'a été et ne pouvait être juste, ce qui en a fait une véritable arène pour l'inconvenance, l'arbitraire et les chicanes les plus absurdes »; il ajoute : « Il rendrait un vrai service à notre jurisprudence allemande celui qui exposerait d'une manière approfondie la jurisprudence des tribunaux français. Le peu que j'en connais respire un esprit si sain et montre qu'en ce point, comme si souvent ailleurs, la jurisprudence française a su reconnaître et garantir avec tant de bonheur les nécessités de la vie que nous ne pouvons que gagner à suivre son exemple[2]. »

Cette jurisprudence s'efforce en effet de concilier le droit de chacun d'après les intérêts des parties et la destination naturelle des lieux. Elle décide par exemple que

1. Guillouard, *Des dommages causés au locataire par le fait du propriétaire voisin. Revue critique*, 1884, p. 43.

2. Ihering, *Actio injuriarum*, p. 141. — Voy. toute cette étude sur les rapports entre colocataires qui est très intéressante, p. 113 et suiv.

l'on ne peut installer dans une maison bourgeoise dont les appartements sont loués une maison d'accouchement [1], un restaurant [2], un café [3], une école [4], une filature [5], etc.

Ce sont les mêmes règles qu'il faut suivre dans les rapports entre propriétaires des différents étages. Il faut ne tenir compte que des inconvénients vraiment sérieux. Chacun jouit en effet comme propriétaire d'une assez grande latitude d'appréciation quant à la destination à donner à sa chose. On a décidé pourtant que le propriétaire d'un rez-de-chaussée ne pouvait y établir une chaudière à vapeur [6].

D'une manière générale, Ihering a très bien résumé la situation ; il faisait, il est vrai, sa remarque pour les rapports entre colocataires, mais, disait-il lui-même « dans les rapports entre plusieurs habitants d'une maison, il s'agit exactement du même problème législatif que dans les rapports entre plusieurs voisins : rendre possible à toutes les parties une existence supportable », et voici la règle : « le point de vue qui renferme la solution du problème est celui de l'*existence civile ordinaire*: ce que celle-ci comporte doit être supporté, ce qui dépasse cette limite point [7]. »

La règle n'est donc pas modifiée, mais la normalité de l'acte doit être appréciée différemment. Si par exemple la maison est disposée pour servir à l'habitation, comme c'est le cas le plus général, doit être responsable celui qui use de

1. Paris, 11 août 1843. D. *Rép.*, V° *Louage*, n° 225-2°.
2. Paris, 19 juillet 1856. S. 56.2.436.
3. Bordeaux, 29 mars 1879. S. 80.2.4.
4. Lyon, 25 janvier 1881. S. 81.2.219.
5. Douai, 11 juin 1844. D. *Rép.*, V° *Louage*, n° 419.
6. Caen, 25 novembre 1848. — Demolombe, t. XI, n° 438.
7. Ihering, *Actio injuriarum*, p. 127-128.

son étage de telle sorte que les autres étages servant toujours à l'habitation en éprouveraient des dommages sérieux ; cette solution est d'ailleurs admise depuis longtemps.

Tels sont les principaux cas dans lesquels à l'heure actuelle il doit y avoir responsabilité. Ce n'est pas une liste limitative, ce n'est pas non plus une liste définitive, ce n'est même pas une liste invariable. Ce qui est acte exceptionnel aujourd'hui pourra passer demain dans la catégorie des usages habituels de la propriété, mais la règle reste toujours vraie, parce qu'elle est fondée sur l'équité et sur l'utilité sociale.

SECTION II

RÉPARATION DU PRÉJUDICE

La seconde question qui se pose est celle-ci : comment le préjudice doit-il être réparé?

I. Tout d'abord doit-il être réparé en argent ou en nature? Il est des cas où l'on comprend seulement une réparation en argent, par exemple un incendie, l'écroulement d'une maison, car dans ces cas la somme d'argent versée permettra toujours la reconstruction de l'immeuble.

La question se pose au contraire quand il y a dommage permanent, c'est-à-dire lorsque la propriété de l'un a reçu un tel aménagement que celle de l'autre se trouve en subir un dommage. Par exemple une usine installée sur un fonds fait éprouver aux fonds voisins les plus graves dommages; ceux-ci peuvent certainement s'adresser à la justice pour obtenir réparation du préjudice ; mais la question délicate est la suivante : les tribunaux peuvent-ils

ordonner des mesures tendant à éviter le préjudice dans l'avenir ?

Si l'on adopte la théorie traditionnelle il n'y a point de difficultés. En effet tout propriétaire qui est en faute commet un acte sans droit : les tribunaux constatant cette absence de droit peuvent la sanctionner, c'est-à-dire prendre les mesures nécessaires pour que le propriétaire reste dans les limites de son droit. Point de difficultés non plus pour ceux qui admettent que la propriété est un droit essentiellement limité, et que toutes les fois que l'on viole le droit d'autrui, c'est qu'il y a absence de droit de la part de celui qui le viole. On peut alors prendre des mesures contre celui qui n'exerce aucun droit.

Nous avons admis au contraire que l'on est responsable justement parce que l'on exerce un droit, mais alors la difficulté apparaît. On ne peut pas ordonner à quelqu'un qui exerce un droit légal de ne l'exercer que de telle ou telle façon ; ce serait un véritable empiétement de l'autorité judiciaire. La vérité de cette opinion apparaît clairement à propos des établissements dangereux ou insalubres. Ces établissements sont soumis à la surveillance administrative ; on leur fixe des règles d'exploitation, ils s'y conforment; comment admettre que les tribunaux puissent venir leur imposer de nouvelles mesures? Où s'arrêter alors dans cette voie? Si le dommage est inhérent à l'exploitation, si les mesures prises sont insuffisantes, dira-t-on alors que l'on peut purement et simplement ordonner la fermeture de l'établissement! Ce serait pourtant logique. On propose comme critérium de laisser les tribunaux libres de prendre les mesures qui ne nuisent pas directement au fonctionnement de l'établissement. Mais de toute façon c'est la substitution du pouvoir judiciaire au pro-

priétaire dans la réglementation de l'usage de l'immeuble. C'est une intervention intolérable, et avec les complications toujours plus grandes de la vie, les causes incessantes et diverses de dommages, c'est une surveillance constante imposée et une série de nouveaux procès à chaque infraction.

Pourtant les tribunaux se sont presque toujours arrogés le droit d'ordonner des mesures pour éviter le retour du dommage. Ils respectent le fonctionnement général de l'installation, ils ne prennent aucunes mesures contraires à celles imposées par l'administration, mais sous ces deux réserves ils se permettent tout le reste [1].

Il est évident que cette jurisprudence aboutit bien souvent en pratique à d'excellents résultats, si le propriétaire veut exécuter les mesures prescrites. Mais s'il ne le veut pas, on ne peut pas pénétrer chez lui pour exécuter les travaux à sa place : la condamnation se traduira finalement toujours en dommages-intérêts. La prescription de certaines mesures est donc une condition de la condamnation, et on peut en fixer de suite le montant en argent

1. Seine, 10 janvier 1895. *La Loi* du 13 avril 1895. — Cassation, 18 novembre 1884. D. 85.1.71. — Lyon, 9 février 1884. *Gaz. Palais*, 84.1.664. — Cassation, 11 juin 1877. S. 78.1.209. — Cassation, 26 mars 1873. S. 73.1.256. — Cassation, 9 mars 1868. D. 68.1.486. — Cassation, 27 novembre 1844. D. 45.1.13. — Voy. Frémy-Ligneville et Perriquet, *Traité de la législation des bâtiments et constructions*, 3e éd., 1891, t. I, n° 484, p. 561. — Dans un cas spécial la Cour de cassation avait même reconnu aux tribunaux le droit de faire fermer l'établissement : Cass. Req., 8 juin 1857. D. 57.1.293. — Pourtant certains arrêts ont décidé que les mesures prises constitueraient un véritable empiétement sur les pouvoirs de l'administration : Lyon, 17 décembre 1896. *Mon. jud. de Lyon*, 5 avril 1897. — Seine 25 novembre 1890. *La Loi* du 14 janvier 1891. — Dijon, 6 mars 1877. D. 78.5.250. — Bordeaux, 7 août 1872. D. 74.5.328. — Agen, 7 février 1855. D. 55.2.302. — *En ce sens*, Constant, *Code des établissements industriels*, n° 221, p. 276. — Porée et Livache, *Traité théorique et pratique des établissements dangereux*, p. 467 et s. — *Larombière*, *Des obligations*, t. VII, p. 544.

en spécifiant qu'elle ne sera encourrue, que faute par le propriétaire de prendre les mesures ordonnées dans le jugement.

Dès lors, même dans notre théorie, on peut très facilement donner un pareil droit aux tribunaux, car ils peuvent toujours prononcer une condamnation conditionnelle, et ils ne font pas autre chose en prescrivant des mesures. Le propriétaire peut très bien ne pas les exécuter, c'est son droit ; mais alors il doit réparer le préjudice causé. Si au contraire il les exécute, il ne sera plus responsable, alors même que le voisin continuerait à éprouver un préjudice. Y a-t-il quelque chose de contraire à notre règle? Nullement; il n'est plus responsable, parce qu'il est rentré dans les conditions normales d'exercice de son droit, conditions que le tribunal avait fixées à l'avance.

II. Toute réparation se ramène donc toujours à une allocation de dommages-intérêts. Le préjudice causé doit être réparé intégralement. On a proposé récemment en matière de responsabilité une graduation dans la réparation, graduation reposant sur une admission partielle de la théorie de la faute[1]. Son fondement suffit donc à nous la faire rejeter. Celui qui a causé le préjudice doit verser une somme correspondant à la diminution de valeur économique éprouvée par le fonds.

Dans l'application il faudra nécessairement faire une part à la réceptivité de la victime, c'est-à-dire voir si ce n'est pas par le fait de la victime que le dommage a été en partie causé: il faudrait alors partager la responsabilité. Nous poserons donc les règles suivantes : l'indemnité est égale au préjudice causé quand l'auteur de l'acte s'est

1. Voy. Saleilles, *Les accidents du travail et la responsabilité civile.* Paris, 1897, p. 79 à 87.

seul écarté des conditions normales d'exercice du droit. Elle n'est pas due quand la victime s'est seule écartée de ces conditions. Elle varie dans son quantum, quand l'auteur et la victime s'en sont tous deux écartés, d'après la loi suivante : celui qui s'écarte le plus des conditions normales d'exercice doit supporter la plus grande partie du préjudice. Que l'application de ces règles soit difficile, c'est incontestable ; mais il est non moins incontestable que l'application de la théorie de la faute personnelle et de la faute commune l'est tout autant.

Sous quelle forme l'indemnité sera-t-elle accordée ? S'il s'agit d'un préjudice déjà éprouvé, il faudra évidemment verser un capital en argent. Mais *quid* en cas de dommage futur? On a soutenu qu'il ne devait pas donner lieu à réparation. C'est inexact, car dans ce cas il y a certitude présente d'un inconvénient futur, donc un dommage actuel, entraînant une dépréciation de la valeur de l'immeuble. On a fait une confusion avec le dommage éventuel[1]. Le dommage futur peut également être évalué en une somme d'argent versée une fois pour toutes, mais il faut pour faire cette appréciation qu'on en connaisse la durée exacte, ce qui est presque toujours impossible. Ainsi préférons-nous de beaucoup le système qui consiste à accor-

1. Cf. Wallon, *Examen doctrinal de jurisprudence administrative. Revue critique*, 1884, p. 16. Le voisinage d'une manufacture de poudres suffit-il pour avoir droit à une indemnité avant tout accident? — La négative a été décidée par arrêt du Conseil d'État du 10 février 1882 (*Rec. des arrêts*, 1882, p. 139). Le décret de 1810 n'est pas applicable aux établissements d'intérêt public. On a débouté le propriétaire parce qu' « il ne justifiait d'aucun dommage né et actuel ». La même solution est admise pour le voisinage des polygones et champs de tir. Arrêt du 10 mai 1874. *Rec. des arrêts*, 1874, p. 223. — Demolombe, t. XXXI, n° 673. — La principale raison paraît être l'impossibilité de déterminer le dommage à l'avance et l'incertitude de son existence future. Partant il faut reconnaître qu'un dommage même éventuel entraîne toujours une diminution de la valeur actuelle de l'immeuble.

der au propriétaire lésé une rente payable tant que durera le préjudice. C'est un procédé usité en jurisprudence et qui nous semble excellent. Cette rente est attachée à la propriété ; elle se transmet avec elle, c'est une créance *propter rem.*

SECTION III

IRRESPONSABILITÉ LÉGALE ET CONVENTIONNELLE

I. Irresponsabilité légale. — 1° En vertu des principes que nous avons exposés dans le cas où la victime a causé elle-même le dommage en faisant de son droit un usage exceptionnel, l'auteur de l'acte ne saurait en être rendu responsable. Nous ne revenons sur ce point que pour signaler les applications fréquentes qui ont été faites pour les dommages causés aux champs par le gibier. Il arrive très souvent que l'on fait au milieu d'un bois des cultures uniquement dans le but d'attirer le gibier. Le projet Dupuy, déposé le 2 mars 1900, dans son article 2 prévoit spécialement l'hypothèse. Mais la jurisprudence a déjà jugé très souvent que l'on ne doit dans ce cas aucune réparation[1]. Dans le cas où la victime n'a pas agi de mauvaise foi, il y a eu quelques hésitations. On avait invoqué le décret du 6 octobre 1791, article 2, permettant aux propriétaires de varier à leur gré les cultures[2]. Malgré cela la jurisprudence se prononce

1. Meaux, 11 février 1885. *Gaz. Trib.*, 16 mai 1885. — Corbeil, 21 mai 1883. D. 84.5.430. — Cassation, 22 avril 1873. D. 73.1.476.

2. Sorel, *Dommages aux champs causés par le gibier*, n° 52.

le plus souvent pour l'irresponsabilité [1] et c'est justice.

2° Le second cas d'irresponsabilité est le cas de force majeure. Il ne faut plus comme dans la théorie classique assimiler cas fortuit et force majeure, car il y a entre eux une différence essentielle que l'on n'a pas assez mise en relief. Il y a cas fortuit quand le dommage puise sa cause dans la chose même, c'est un risque ; or le propriétaire répond des risques de sa chose. Il y a au contraire force majeure quand le dommage résulte d'une cause étrangère à la propriété et aux actes de l'homme, c'est-à-dire d'une force naturelle dont personne ne peut répondre [2]. Par exemple la foudre en tombant incendie une maison, et le feu se communique aux maisons voisines : on n'est pas responsable de cette propagation ; contre de tels fléaux il n'y a qu'un remède, c'est l'assurance.

II. Irresponsabilité conventionnelle. — La jurisprudence n'admet pas la validité des clauses d'irresponsabilité en matière délictuelle [3]. C'est ce que, dit-on, « les devoirs légaux sanctionnés par l'article 1382 sont d'ordre public [4] ». Quelle que soit la valeur du principe pour ceux qui sont partisans de la responsabilité délictuelle, nous qui avons changé le principe de la responsabilité du propriétaire nous devons examiner la question à ce nouveau

1. Cassation, 25 avril 1877. D. 78.1.21. — Cassation, 22 janvier 1873. D. 73.1.476.

2. Voy. sur cette distinction Exner, *Traité sur la notion de force majeure et sur la responsabilité dans le contrat de transport.* Trad. Seligman, Paris, 1892. — Sachet, *Traité des accidents du travail,* 1899. — Thaller, *Précis de droit commercial,* n° 1198. — Circulaire du garde des sceaux sur la loi du 9 avril 1898 du 10 juin 1899 et *Journal officiel,* Sénat, 19 mai 1889, p. 289.

3. Boutaud, *Des clauses de non-responsabilité et de l'assurance de la responsabilité des fautes,* 1896. — Dalloz, *Rép., Suppl.,* V° *Responsabilité,* n° 273.

4. Planiol, t. II, n° 920.

point de vue, et nous n'hésitons pas à déclarer les clauses d'irresponsabilité parfaitement valables.

Il nous est impossible de voir un principe qui s'y opposerait. Tout le monde admet que l'on peut s'assurer, c'est-à-dire rejeter sur un autre les conséquences de ses actes. M. Planiol l'explique en déclarant que dans ce cas on ne fait que déplacer la responsabilité. Mais supposons que l'on s'assure à la victime elle-même, ce qui est possible dans le conflit de voisinage, puisque la victime est connue à l'avance. Il faudrait déclarer encore cette assurance valable ; or ce n'est pas autre chose ici qu'une clause d'irresponsabilité. Il a fallu dans la loi du 9 avril 1898 un texte formel (art. 30) pour défendre toute transaction sur l'indemnité au-dessus d'un certain chiffre. C'est donc que de droit commun une transaction aurait été permise.

Toute clause d'exonération doit être entendue restrictivement, et l'application de ce principe fait disparaître toute difficulté quant aux actes accomplis de mauvaise foi ou aux fautes lourdes du propriétaire. Une clause d'irresponsabilité même générale ne comprendra pas les actes accomplis dans une intention délictuelle, parce qu'il y a là un acte tellement anormal qu'il n'a pu entrer dans les prévisions des parties, et en fait on ne comprendrait pas une clause expresse sur ce point.

La convention d'irresponsabilité est susceptible d'une double interprétation. Ou bien elle n'aura de force qu'entre les parties contractantes et s'éteindra soit à leur mort, soit à la cession du fonds faite par eux.

Ou bien au contraire on peut concevoir que cet engagement subsiste entre les acquéreurs des deux fonds, et cette clause est parfaitement valable sous certaines conditions de publicité, parce qu'elle constitue purement et simple-

ment une servitude. En pratique la question s'est posée pour les mines[1]. Les concessionnaires de mines conviennent avec les superficiaires qu'ils ne seront pas responsables des dommages causés à la surface. Cette clause est-elle opposable aux acquéreurs du fonds? Oui, si telle a été l'intention des parties, car c'est tout au moins un droit réel *sui generis*[2], et l'on peut toujours créer à volonté un droit réel[3]. Mais si nous admettons cette interprétation il va y avoir un grave inconvénient; les droits réels *sui generis* ne sont soumis à aucune publicité, et l'acquéreur de la surface qui ne connaissait pas la situation n'aura qu'un recours peut-être illusoire contre son vendeur. Il est un moyen très simple d'assurer la publicité et d'admettre la validité de la clause, c'est de la considérer comme une servitude.

Si nous analysons en effet une servitude, nous voyons qu'elle comprend toujours :

1° Le droit de faire chez le voisin certains actes ou de lui imposer une certaine gêne qui ne serait pas admise en droit commun;

2° Le droit de ne lui devoir pour cela aucune indemnité.

Si nous supprimons le second caractère, nous retombons dans un cas de responsabilité. Ajoutons-le : il y a servitude constituée. Or c'est bien le cas ici. « Nos clauses, dit M. Gény, ont pour objectif nécessaire de faire peser sur les terrains aliénés... une charge au profit de la mine,

1. Guérin, *De l'affranchissement de la responsabitité de la mine vis-à-vis de la surface.* Thèse, Dijon, 1899.

2. Gény, *Étude de jurisprudence minière. De l'effet des clauses d'irresponsabilité de la mine à l'égard des ayants cause particuliers du propriétaire superficiaire qui les a consenties. Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1897, p. 183-186.

3. Gény, *Méthode*, p. 166.

consistant en ce que celle-ci (fonds dominant) pourra par son exploitation régulière atteindre les terrains de la surface (fonds servant), et même compromettre impunément leur solidité et celle des constructions qu'ils supportent sans leur devoir de ce chef aucune indemnité, une fois le préjudice causé. Tout cela répond bien à la définition de l'article 631. » Sans doute on ne voit pas l'objet principal de la convention, car « comme l'absence de pareils ouvrages ne pourrait en fait, le dommage une fois causé, se traduire que par une indemnité, on comprend que l'intention des contractants ne se soit arrêtée qu'à cette conséquence, pour l'écarter par une convention. Il suffit donc pour exercer la servitude de supprimer le droit à l'indemnité ».

Il est évident que ces clauses seraient tout aussi valables si elles étaient intervenues entre propriétaires d'immeubles voisins quelconques. En faisant sortir ainsi le droit pratique des constructions dogmatiques, en n'enserrant pas la vie dans de froides formules logiques, les explications sont infiniment plus simples, et l'on voit disparaître beaucoup de difficultés qui semblent insurmontables, parce que les différentes parties du droit apparaissent impénétrables les unes par les autres.

CONCLUSION

Comme tout droit privé, la propriété renferme deux éléments, l'un individuel, l'autre social ; d'un côté, tendance instinctive de l'homme à s'approprier abusivement et exclusivement les choses extérieures, à en retirer le maximum de profits, à développer le plus possible son activité, sans se préoccuper des conséquences qui peuvent en rejaillir sur autrui ; d'un autre côté réglementation législative du droit, limitations forcées imposées par l'état social, conciliation de droits rivaux et parallèles, restriction de la tendance à l'exclusivisme et à l'illimitation. Tout le problème des rapports de voisinage consiste à trouver la proportion dans laquelle ces deux éléments doivent se combiner.

Chaque époque de l'humanité nous donnera une solution différente. D'abord, parce qu'au point de vue matériel, la civilisation entraînant des modifications et des progrès incessants, l'usage de la propriété sera essentiellement variable, et éternellement différent, de telle sorte qu'il faut toujours modifier les dispositions législatives, et qu'il y a sur ce point une incessante rénovation. Ensuite, parce que la civilisation qui modifie l'usage matériel des

choses transforme aussi les idées des peuples, et par conséquent les notions juridiques et sociales qui n'en sont qu'une émanation. Selon les époques l'homme a une conscience plus ou moins nette de ses devoirs sociaux, se laisse plus ou moins guider par ses instincts industriels, et le droit réflétant ses aspirations oscille de l'individualisme à l'altruisme.

Il ne s'agit donc pas d'attendre l'époque idéale, où d'après Ahrens « la société trouvera la formule d'après laquelle ces deux éléments doivent être harmonisés[1] », mais bien de chercher si la théorie que nous avons proposée répond à la fois aux besoins matériels et aux notions sociales et juridiques de notre époque.

La réponse ne saurait être douteuse. Car ce n'est pas une réforme théorique, née d'une conception abstraite, construite sur des notions rationnelles aprioristiques, dégagée de toute influence de temps et de lieu, mais au contraire une théorie *opportuniste*, amenée par l'enchaînement logique de nos idées actuelles, préparée par une jurisprudence constante, triomphant déjà en doctrine sur certains points spéciaux, admise sans conteste dans la pratique des affaires, et qui n'a plus pour surgir et s'imposer définitivement qu'à briser le réseau de vieilles idées, qui enserrent et étouffent ses nouvelles aspirations.

Notre siècle devra présider à la reconstruction de l'élément social de la propriété. Ce fut à sa naissance l'élément prépondérant, elle n'a pu s'imposer que sous cette forme ; on n'aurait pas compris à l'origine un égoïsme farouche qui aurait repoussé les membres de la même tribu, amené des luttes intestines au sein du même groupe social, chassé

1. Ahrens, *Droit naturel*, t. II, § 67, p. 171.

l'équité du domaine du droit. Avec la civilisation, les familles s'isolent, perdent le souvenir du lien primitif: elles croient trouver leur indépendance dans un exclusivisme et une intransigeance farouches ; elles croient trouver la liberté dans l'illimitation de leurs désirs instinctifs. Pendant quelque temps le christianisme, contenant les passions humaines, faisant de la charité un devoir social, se refusant à reconnaître le droit illimité à la propriété, prêchant parfois le communisme absolu, vient opposer à l'envahissement trop brusque des idées romaines la digue immense de son influence mondiale. Période confuse alors, où les idées se croisent et s'entrelacent, où les notions juridiques luttent obscurément, sans que l'on puisse sentir ce qui sortira de ce mystérieux travail. Puis la terre devient le signe de la puissance politique. La propriété présente alors un élément social considérable : seulement l'individualité de chacun n'est pas restreinte au profit de tous, mais opprimée dans l'intérêt de quelques-uns. Pendant trois siècles c'est la lutte pour l'affranchissement du sol. Et voici que la grande convulsion sociale de la Révolution française va la sanctionner définitivement. Mais alors par une réaction naturelle, on reconnaît l'égalité dans la liberté, c'est-à-dire le libre jeu de l'expansion individuelle. Cette conception est celle du Code civil. Sans doute le droit de propriété est réglementé, mais en dehors de ces restrictions légales aucun frein n'est apporté à la libre activité. Un siècle après la publication du Code, les mesures préventives insuffisantes ne représentent plus rien [1], et l'élément individuel apparaît prépondérant, à mesure que son

1. Le Code civil espagnol de 1889 a essayé de les rajeunir un peu : par exemple il exige un certain éloignement du mur mitoyen pour des appareils ou des fabriques mus par la vapeur (art. 590).

inapplicabilité pratique devient de plus en plus certaine.

Il faut donc reconstruire l'élément social de la propriété. Deux moyens s'offrent pour cela. On peut tout d'abord multiplier les mesures préventives, refondre les dispositions du Code civil relatives aux servitudes, limiter expressément le droit. Certains auteurs ont vu dans cette multiplication des règles légales le vrai moyen de parer aux inconvénients qu'entraînerait l'exercice d'un droit absolu. « Les limites de la propriété individuelle, dit Ancona, iront en se développant et en se multipliant de plus en plus avec le développement de la civilisation ; plus l'organisme social est complet, mieux constitué et meilleur, plus doit se manifester nécessaire, efficace et puissante l'action d'une loi limitatrice [1]. » Mais alors il faudrait recourir à une intervention législative qui serait forcément incomplète, et, je crois bien, déplorable, si elle n'était impossible.

Incomplète, car la loi positive ne peut jamais prévoir tous les cas pratiques actuels, et qu'au lendemain même de la loi nouvelle, les progrès incessants de l'humanité dévoilent de nouvelles applications, auxquelles on n'avait même pas songé. Dangereuse par cela même, car les revisions législatives sont lentes ; dangereuse encore, en ce que les mesures préventives difficiles à connaître déprime singulièrement l'initiative individuelle. Impossible enfin, parce que certains dommages sont une conséquence nécessaire et fatale d'usages que l'on ne peut proscrire, sous peine d'entraîner une perte économique plus grande que le préjudice même. La limitation législative des droits, quand elle n'est pas imposée par des motifs d'utilité publique,

1. Ancona, *Degli atti ad emulazione nell' esercizio del diritto di proprietà. Archivio giuridico,* vol. III, 1894, p. 296.

conduit à la stagnation et à la stérilité de l'initiative individuelle.

Faudrait-il donc rayer de nos lois toutes ces dispositions et déclarer avec M. Destrais qu'il n'aurait pas été nécessaire de constituer des servitudes réelles « si l'usage du droit de propriété avait été dirigé et dominé par les principes d'équité [1] ». Il y a du vrai dans cette opinion mais il ne faut rien exagérer. Il y aura toujours des mesures à prendre, quand l'intérêt public sera en jeu, c'est-à-dire quand la somme des inconvénients entraînés par une exploitation dépassera les avantages qu'un membre de la société pourrait en retirer. Dans ce cas des mesures préventives s'imposent ; sans cela la propriété serait « anarchique [2] ». Mais dans tous les autres cas la réglementation légale est bien inutile, et toutes les dispositions du Code civil, ne prévoyant que les intérêts de l'agriculture, nous paraissent aujourd'hui insuffisantes et inutiles. Certains rédacteurs du Code civil ne s'y étaient d'ailleurs pas trompés. « Il est possible, disait le tribun Albisson, que le progrès des lumières et surtout une meilleure direction de l'intérêt privé bien entendu, généralisent et perfectionnent à la longue la connaissance des droits et des devoirs sociaux au point d'épargner ce souci à la loi. »

Le moment est venu de proclamer ce principe général de réparation, qui laisse toute liberté à l'initiative individuelle, mais qui oblige l'activité à réparer elle-même les dommages qu'elle cause. Ce sera là une conception sociale des droits individuels. « A l'heure actuelle, écrit M. Gény,

1. Destrais, *Propriété et servitudes en droit romain*, p. 11.

2. Cimbali, *La proprieta e i suoi limita nella legislazione italiana* (1899). *Archivio giuridico*, t. XXIV, 1880, p. 149. « Una proprieta senza limita sarebbe tirannica nel rapporto coi privati, anarchica in quello colla societa. »

le besoin paraît se faire sentir d'introduire dans notre organisation positive plus de fraternité profonde, ou, comme on dit volontiers aujourd'hui, plus de solidarité sociale, c'est-à-dire tout simplement de mieux égaliser les conditions de la lutte des classes, d'assurer une répartition des profits plus exactement proportionnelle aux besoins et aux efforts de chacun, d'atténuer la rigueur excessive du droit individuel en considération de l'intérêt social ou commun [1]. » On doit autant que possible éviter tout ce qui peut nuire à ses voisins. La traduction de ce précepte de morale en règle juridique est la conception dominante de notre droit actuel. Et sans doute, comme le dit M. Duguit, « l'intelligence de ce fait n'est pas une découverte, mais notre époque gardera le mérite dans l'histoire d'en avoir eu la première la claire vision [2] ».

Or le meilleur moyen de protéger l'intérêt social consiste à intéresser à cette protection l'intérêt individuel lui-même. Comment cela? en obligeant le propriétaire à réparer le dommage qu'il a causé. Il y a une charge qui est imposée au propriétaire, parce qu'il use anormalement de sa propriété, et dont d'autres recueillent les bénéfices, parce qu'ils usent normalement de la leur. C'était auparavant la lutte des intérêts individuels : ce sera maintenant la juste

1. Gény, *Méthode*, p. 584. — Cf. Gierke, *Die Sociale Aufgabe des Privatrechts*, 1889. — L. Bourgeois, *Solidarité*, 1896.

2. Duguit, *L'État, le droit objectif et la science positive*, p. 24. « La solidarité est une règle de conduite ; elle prend le tout de l'homme, ses passions, ses désirs, son égoïsme, ses tendances altruistes si elles existent ; elle l'invite à développer son activité individuelle sous toutes ses formes, mais à respecter en même temps l'activité individuelle des autres ; car toute atteinte portée au développement de l'activité d'un seul rejaillit sur tous les autres... Ce n'est pas la morale du bonheur. Ce n'est pas la conciliation de l'égoïsme et de l'altruisme. C'est la simple constatation d'un fait, la coïncidence des buts et des effets ; le mal d'un seul touche les autres, le bonheur d'un seul profite à tous les autres. »

répartition des risques entre ceux qui les ont causés. Que si quelquefois la mesure est incertaine, l'arbitraire possible, le critérium difficile, le montant du préjudice et de la réparation susceptibles d'évaluations bien variables, nous nous rappellerons qu'il ne faut pas demander à la justice humaine, plus que l'à peu près qu'elle peut nous donner.

Cette jurisprudence est aujourd'hui constante et bien établie. Modifiant peu à peu la notion de propriété donnée par le Code civil, elle détruit toutes les conséquences regrettables de l'activité humaine, tout en laissant libre jeu à cette activité. Il n'y a dans cette conception nouvelle aucune attaque contre la propriété individuelle, mais au contraire une conception vraiment rationnelle et pratique du droit. La définition du Code civil dit M. Boistel a l'inconvénient de « présenter la propriété comme un droit dur et sauvage, respectable jusque dans ses excès et odieux par cela même. On le rend ainsi plus difficile à justifier, car il faudrait du même coup légitimer tous les abus auxquels elle peut donner lieu [1] ».

D'ailleurs toutes les objections possibles contre le système que nous proposons se heurtent toujours à cette réalité pratique, il existe, il fonctionne ; la jurisprudence est unanime à le sanctionner. On ne peut que suivre de tels courants ; il faut découvrir sous le vide des formules la réalité vivante des choses. Ce n'est pas toujours tâche aisée : « Il faut beaucoup de philosophie pour voir ce que l'on voit tous les jours », disait Rousseau.

Essayer de dégager les principes qui guident notre jurisprudence, montrer la marche des idées vers une théorie nouvelle, préciser dans la mesure du possible cette théorie,

1. Boistel, *Cours de philosophie du droit*, t. I, p. 352.

telle est la tâche que je m'étais assignée. Les idées préconçues, les axiomes juridiques hardiment proclamés, le respect de traditions souvent mal connues, une conscience juridique faussée par les souvenirs d'une législation d'un autre âge, voilà l'obstacle auquel je me suis heurté.

Quiconque se dégagera de ses préjugés et fera table rase de ses conceptions aprioristiques, ne pourra qu'adhérer à un système dont les racines plongent dans les nécessités de notre époque, et les déductions logiques répondent à un désir d'équité dont le droit abstrait empêche trop souvent l'épanouissement.

BIBLIOGRAPHIE[1]

Aguillon. — *Dommages causés à la propriété superficiaire par les travaux des mines. Annales des Mines*, 1897, t. VIII, p. 161.

Ahrens. — *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit*, 2 vol. 6e éd., Leipzig, 1868, t. II. p. 138 et s.

Ancona. — *Degli atti ad emulazione nell' esercizio del diritto di proprieta. Archivio giuridico*, 1894, vol. III, p. 292.

Anty. — *Les dommages causés par le gibier et la responsabilité civile.* Thèse, Paris, 1900.

Bannelier sur Davot. — *Des droits de voisinage.*

Beauchet. — *Histoire du droit privé de la République Athénienne*, t. III, *Le droit de propriété.* Paris, Marescq, 1897.

Blondel. — *Note au Sirey*, 1897.1.273.

Boistel. — *Cours de philosophie du droit*, 2 vol. Paris, 1899, t. I, p. 352 et s.

Bosc. — *Essai sur les éléments constitutifs du délit civil.* Thèse, Montpellier, 1901.

Brocher. — *Esquisse d'une histoire de la propriété foncière. Revue générale du droit*, 1896.

Brun. — *Des dommages causés par l'exécution des travaux publics des chemins de fer.* Thèse, Paris, 1898.

Capitant. — *Des obligations de voisinage et spécialement de l'obligation qui pèse sur le propriétaire de ne causer aucun dommage à son voisin.*

1. Cette bibliographie ne contient que la liste des ouvrages ou articles spéciaux à la question qui nous intéresse. Voyez en outre tous les traités de droit civil, de droit administratif, de droit romain et d'histoire du droit, ainsi que les Répertoires de jurisprudence, aux références indiquées pour chaque question spéciale.

Étude de jurisprudence. Revue critique, 1900, p. 156 et s., 228 et s.

Chénon. — *Les démembrements de la propriété foncière avant et après la Révolution.* Thèse, Paris, 1881.

Chevalier. — *De la propriété des mines dans ses rapports avec la propriété superficiaire. Revue pratique de droit français*, 1876, t. XLI, p. 68.

Cimbali. — *La proprieta e i suoi limita nella legislazione italiana* (1879). *Archivio giuridico*, t. XXIV, 1880, p. 149.

Cœpolla (Bartholomeus). — *Tractatus de servitutibus tam urbanorum quam rusticorum prœdiorum. Coloniæ Allobrogum*, 1759, in-4°.

Destrais. — *La propriété et les servitudes en droit romain.* Paris, 1885.

Duvergier. — *De l'étendue du droit de propriété, plus spécialement des droits des propriétaires d'établissements industriels, relativement aux propriétaires voisins. Revue étrangère et française de législation et de jurisprudence*, t. X, 1843, p. 425 et s., 601 et s.

Fournel. — *Traité du voisinage, considéré dans l'ordre judiciaire et administratif et dans ses rapports avec le Code civil*, 2 vol. 2e éd. Paris, an XIII.

Gavini de Campile. — *Traité des servitudes*, 3 vol. Paris, 1853-1856.

Gény. — Note sous Cassation, 11 mars 1896. Pandectes françaises, 1896.1.337.

— *Etude de jurisprudence minière de l'effet des clauses d'irresponsabilité de la mine à l'égard des ayants cause particuliers du propriétaire superficiaire qui les a consenties. Revue bourguignonne de l'enseignement supérieur*, 1897, p. 151.

— *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 1900, p 3.

Giraud. — *Recherches sur le droit de propriété chez les Romains sous la République et sous l'Empire.* Aix, 1838.

Guérin. — *De l'affranchissement de la responsabilité de la mine vis-à-vis de la surface.* Thèse, Dijon, 1899.

Guillouard. — *Des dommages causés au locataire par le fait du propriétaire voisin. Revue critique*, 1884, p. 43.

Guiraud. — *De la propriété foncière en Grèce jusqu'à la conquête romaine.* Paris, Hachette, 1897.

Guyot. — *Répertoire de jurisprudence.* V° *Voisinage* et V° *Servitudes*, 1785.

Hauriou. — *Note au Sirey*, 1895.3.1.

Ihering. — *Actio injuriarum.* Trad. de Meulenaëre. Paris, 1888.

— *Zur Lehre von den Beschränkungen des Grundeigenthümers im In-*

teresse der Nachbarn. Jahrbücher für die dogmatik des römischen und deutschen Privatrechts, vol. 6, 1862. Trad. de Meulenaëre. *Des restrictions imposées aux propriétaires fonciers dans l'intérêt des voisins. Œuvres choisies*, 1893, t. II, p. 101.

Labbé. — *Note au Sirey*, 1872.1.353.

— *Note au Sirey*, 1874.2 129.

Lalaure. — *Traité des servitudes réelles* Paris. 1761 in-4°.

Laveleye (de). — *La propriété et ses formes primitives*, 4e éd., Paris. Alcan, 1891.

Le Vavasseur de Précourt. — *Conclusions pour l'arrêt du Conseil d'État du 11 mai 1883*. S. 85.3 25.

Lévy. — *Responsabilité et contrat. Revue critique*, 1899, p. 361.

Merlin. — *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, 9e éd. 1830. V° *Voisinage*, t. XVIII, p. 670.

Olier. — *Distinction entre les droits réels et les droits personnels. Revue critique*, 1896, p. 466.

Pardessus. — *Traité des servitudes*, 2 vol., 8e éd. Paris, 1838.

Pothier. — *Traité du contrat de société, Second Appendice : du Voisinage*, Ed. Bugnet, 1847, t. IV, p. 328.

Proudhon. — *Traité du domaine de propriété ou de la distinction des biens*, 3 vol., Dijon, 1839.

Rau. — *Rapport pour l'arrêt du 12 août 1872*. S. 72.1.356.

Roguin. — *La règle de droit. Étude de science juridique pure*. Lausanne-Paris, 1889.

Saleilles. — *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'empire d'Allemagne*, 2e éd. Paris, Pichon, 1901.

Solon. — *Traité des servitudes réelles*, 1837.

Sorel. — *Dommages aux champs causés par le gibier*, 1879.

Sourdat. — *Traité général de la responsabilité*, 2 vol. 2e éd., 1872.

Teisseire. — *Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité*. Thèse Aix, Paris, Rousseau, 1901.

Troplong. — *De la propriété d'après le Code civil*, 1848, inséré dans les *Petits traités* publiés par l'Académie des Sciences morales et politiques.

Van den Bossche. — *Des limitations imposées par les relations de voisinage à l'exercice du droit de propriété sur les immeubles. La Flandre judiciaire* du 3 avril 1901, p. 209 et s., Gand.

Vercesco. — *Étude générale sur les restrictions apportées à la propriété foncière*. Thèse, Paris, 1901.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

PRÉFACE. 1
INTRODUCTION. 7

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE PREMIER. — **Les législations primitives.** 21
CHAPITRE II. — **La Grèce et Rome.** 39
Section I. — Le droit hellénique. 39
Section II. — Le droit romain. 47
CHAPITRE III. — **L'ancien droit français.** 78
Section I. — L'influence romaine. 81
Section II. — L'influence germanique. 86
Section III. — L'exercice du droit de propriété dans l'ancien droit. 95
Section IV. — L'œuvre de la Révolution. 108

DEUXIÈME PARTIE

CHAPITRE PREMIER. — **La notion du droit de propriété dans le Code civil.** 117
Section I. — Définition du droit de propriété. 117
Section II. — Analyse du droit de propriété. 120
Section III. — Limites matérielles de la propriété. 129
Section IV. — Théorie de l'*immissio* corporelle. 135
CHAPITRE II. — **Organisation légale et conventionnelle des rapports entre voisins** 141

Section I. — Obligation d'accomplir certains actes dans l'intérêt du voisin. 147
Section II. — Obligation de souffrir un acte fait par le voisin. . . . 159
Section III. — Obligation de s'abstenir d'un acte sur sa propriété dans l'intérêt des voisins. 168
Section IV. — Caractères généraux des servitudes. 175

CHAPITRE III. — **La responsabilité délictuelle du propriétaire.** . . 187
Section I. — Le dommage. 189
Section II. — L'acte préjudiciable. 196

CHAPITRE IV. — **L'extension de la faute.** 220
Section I. — Droit de préoccupation. 226
Section II. — Extension de la responsabilité par la jurisprudence. 231
Section III. — Recherche d'une formule de la faute. 244
Section IV. — Critique des théories de l'abus du droit. 253

CHAPITRE V. — **L'obligation de voisinage.** 256
Section I. — Formation de la théorie. 256
Section II. — Fondement et nature de l'obligation de voisinage. . 262
Section III. — Formule de l'obligation. — Ses applications pratiques. 270
Section IV. — Inexistence de l'obligation de voisinage. 278

TROISIÈME PARTIE

CHAPITRE PREMIER. — **Détermination rationnelle de la nature et de l'étendue du droit de propriété.** 287
Section I. — Nature du droit réel. 290
Section II. — Intensité du droit de propriété. 297
Section III. — Limitation des pouvoirs du propriétaire. 315

CHAPITRE II. — **La responsabilité dans l'exercice du droit.** 321
Section I. — Fondement juridique. 322
Section II. — Fondement rationnel. 330

CHAPITRE III. — **Premières applications inconscientes de la responsabilité sans faute.** 347
Section I. — Établissements dangereux, incommodes et insalubres. 348
Section II. — Mines. 358
Section III. — Travaux publics. 378

CHAPITRE IV. — **Formule générale de la responsabilité du propriétaire.** 390
Section I. — Création de la formule. 390
Section II. — Appréciation de la responsabilité. 408

CHAPITRE V. — **Applications pratiques du principe**. 427
Section I. — Cas de responsabilité. 427
Section II. — Réparation du préjudice. 455
Section III. — Irresponsabilité légale et conventionnelle. 460
CONCLUSION. 465

CHATEAUROUX. — Imprimerie et Stéréotypie A. MELLOTTÉE.